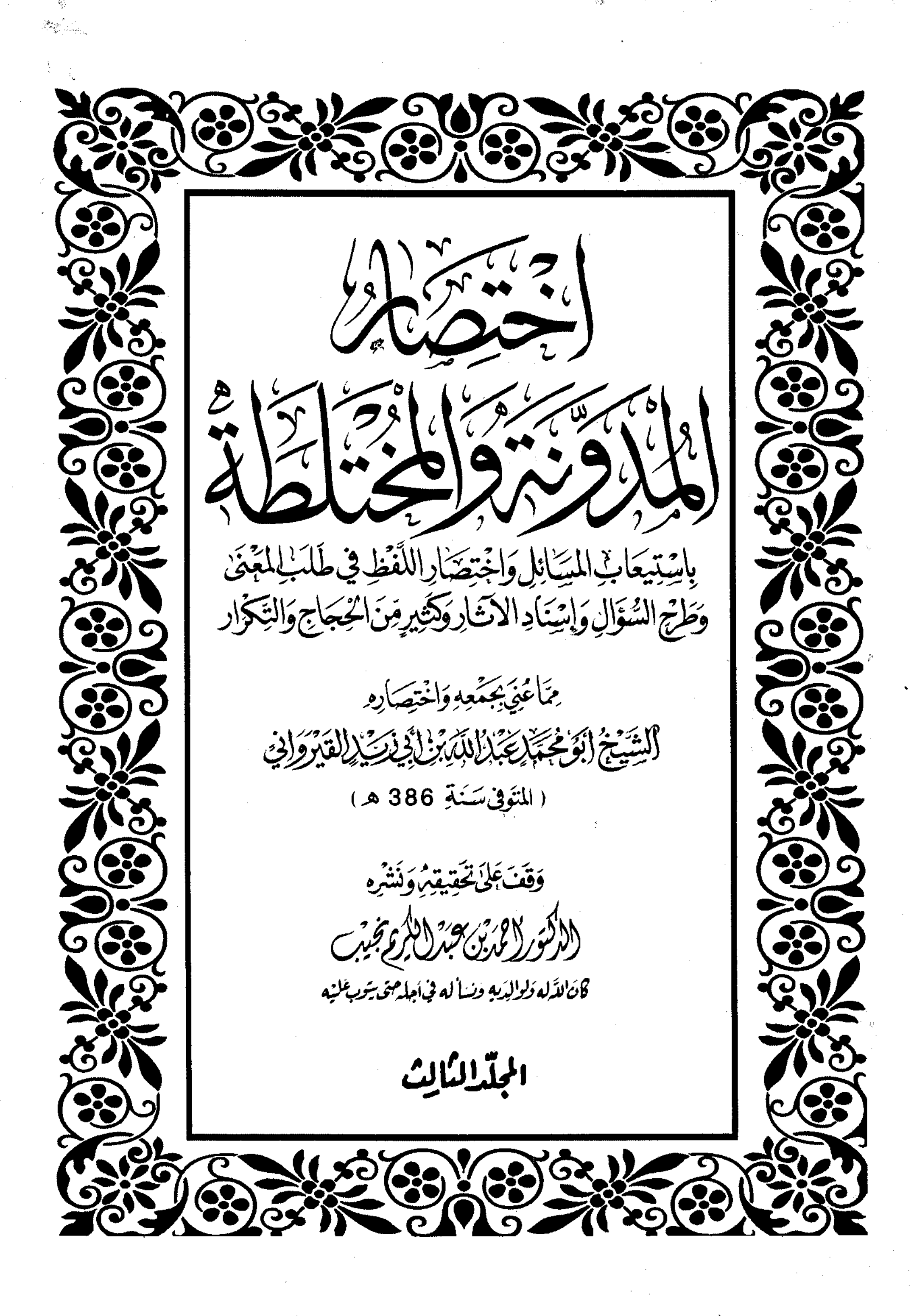


اختصار المدونة والمختلطة

باستيعاب المسائل واختصار اللفظ في طلب المعنى
وطرح السؤال وإسناد الآثار وكثير من الحجاج والتكرار

مما عني بجمعه واختصاره

الشيخ أبو محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني
(المتوفى سنة 386 هـ)

وقف على تحقيقه ونشره

الدكتور أحمد بن عبد الكريم نجيب
كان الله له ولوالديه ونسأله في أجله حتى يتوب عليه

المجلد الثالث

تطلب منشورات مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث من:

APT 22 - ETG 2 - IMM 6 - GH 11
Madinati - Sidi El Bernoussi
Casablanca - Royaume du Maroc
Tel: (+212) 667893030 - 678899909
****

دار الجيل – الدار البيضاء– المملكة المغربية
Tel: (+212) 661173545
****

وحدة (505) - برج (أ)
16ش ولي العهد – حدائق القبة – القاهرة
جمهورية مصر العربية
Tel: (+20) 224875690 –1115550071
****

المكتبة التوفيقية – القاهرة – جمهورية مصر العربية
Tel: (+20) 25100456 – 27879565
Fax: 27879564
****

شركة الكتب الإسلامية، لصاحبها محمد محمود ولد جدو ولد مولود–
نواكشوط – الجمهورية الإسلامية الموريتانية
Tel: (+222) 46437178 – 37272726
****

دار النشر الدولي– الرياض
المملكة العربية السعودية
Tel: (+966) 504264958 – 14642545
****

www.najeebawaih.net
dr.a.najeeb@gmail.com

بسم الله الرحمن الرحيم

مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث
Najeebawaih Manuscripts Centre Dublin-Ireland

الطبعة الأولى
1434هـ/2013م

الرموز المعتمدة في الإشارة إلى المخطوطات في ثنايا التحقيق

(م): النسخة التي يحفظ أصلها تحت رقم (337) في المكتبة التيمورية، الملحقة بدار الكتب المصرية.

(ف1): النسخة التي يحفظ أصلها تحت رقم (239) في خزانة جامع القرويين، بفاس المحروسة.

(ف2): النسخة التي يحفظ أصلها تحت رقم (794) في خزانة جامع القرويين، بفاس المحروسة.

(ش): النسخة التي يحفظ أصلها في خزانة العلامة محمد فال (أبَّاه) ولد عبد الله، شيخ محظرة النبَّاغيَّة، في الجمهورية الإسلامية الموريتانيَّة.

(ن): النسخة التي يحفظ أصلها تحت رقم (130ص) في خزانة الزاوية الناصرية بتمكروت، في المغرب.

(ح): النسخة التي يحفظ أصلها في خزانة ابن يوسف العامة، بمراكش الحمراء.

(ت1): النسخة التي يحفظ أصلها تحت رقم (14894) في المكتبة الوطنية بتونس.

(ت2): النسخة التي يحفظ أصلها تحت رقم (14890) في المكتبة الوطنية بتونس.

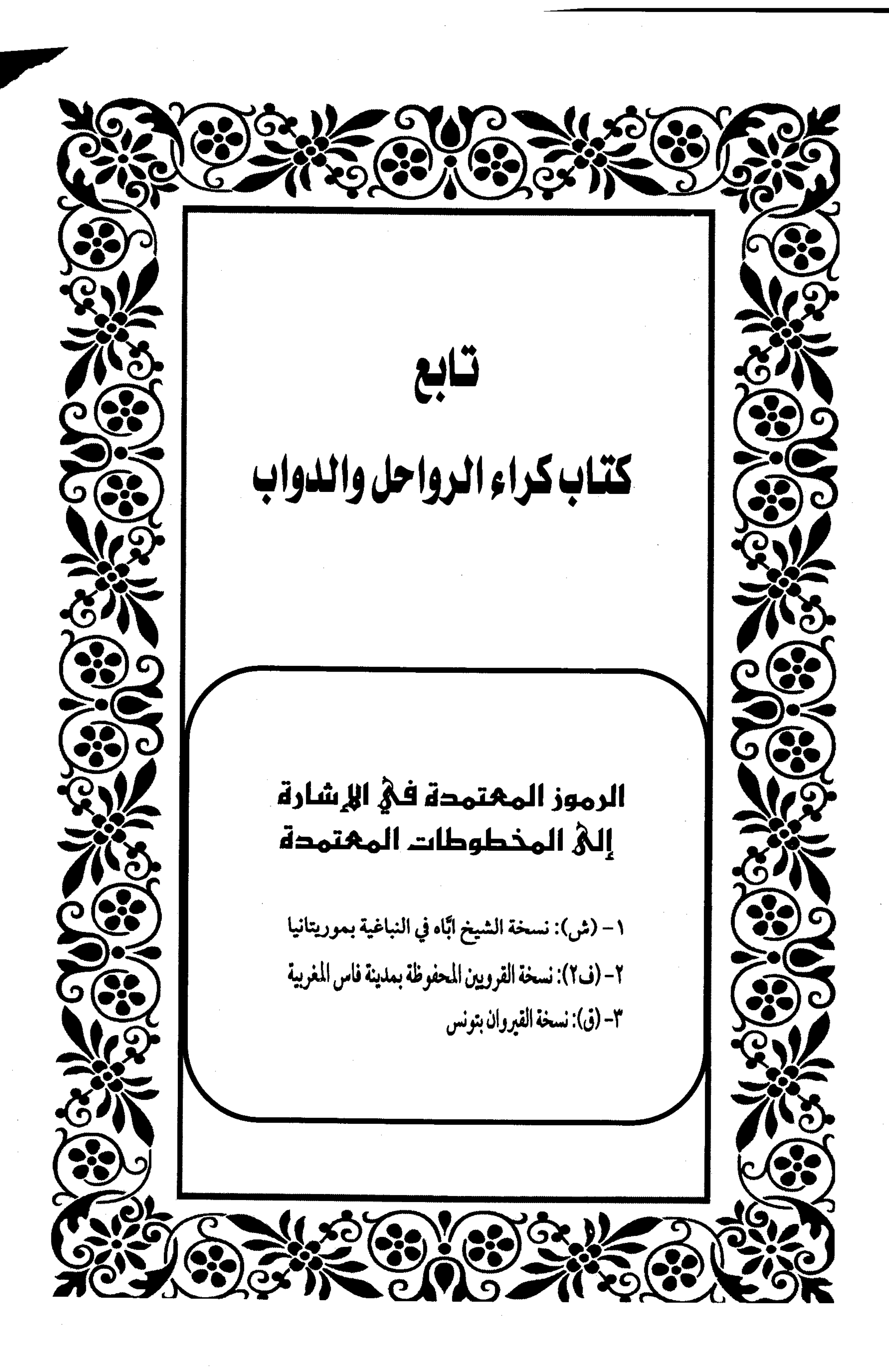
(ق): النسخة القيروانية التي يحفظ أصلها في المعهد الوطني للتراث، بالقيروان.

(ع): النسخة التي يحفظ أصلها تحت رقم (1781) في الخزانة العامة بالرباط.



رقم الإيداع القانوني في المكتبة الوطنية للمملكة المغربية: (2013 MO 1533)

ردمك: (978-9954-607-14-5)



تابع

كتاب كراء الرواحل والدواب

الرموز المعتمدة في الإشارة إلى المخطوطات المعتمدة

١ - (ش): نسخة الشيخ ابّاه في النباغية بموريتانيا

٢- (ف٢): نسخة القرويين المحفوظة بمدينة فاس المغربية

٣- (ق): نسخة القيروان بتونس

جامع الدعوى، والكراء، وسائر القضاء فيه، وفي نقده، والقضاء في اختلاف المتكاريين كالقضاء في اختلاف المتبايعين، وأصل ذلك من البيوع

قال ابن القاسم: فإذا اختلفا [(ش: 8/أ)] في المسافة، أو في الثمن، قبل الركوب أو بعد مسير، لا ضرر في رجوعه، وقد نقد، أولم ينقد؛ تحالفا وتفاسخا.

قال غيره: إن انتقد الجمال؛ صدق في المسافة لأنه مدعى عليه، كتصديقي البائع فيما في ذمته من الكيل المؤجل إذا انتقد وأتى بما يشبه.

قال ابن القاسم: ولو اختلفا في المسافة فقط، فقال الكري: إلى برقة ، وقد بلغاها، وقال المكتري: إلى إفريقية وقد انتقد الجمال؛ فهو مصدق فيما يشبه ويحلف، وإن لم يشبه إلا قول المكتري؛ كان للجمال حصة مسافة برقة على دعوى المكتري بعد أن يتحالفا، ولا يلزمه التمادي[1].

وإن لم ينتقد وأشبه ما قالاه[2]؛ تحالفا، وفض الكراء الذي قال المكتري، وأخذ الجمال حصة مسافة برقة، ولم يتماد وأيهما نكل؛ قضى لمن حلف.

وإن أقاما البينة قبل الركوب، أو بعد بلوغ برقة؛ قضى بأعدل البينتين، ولو تكافأتا؛ تحالفا، وإن لم يركب؛ فسخ الكراء كله.

قال غيره: يقضي بالزيادة، وليس بتهاتر[3].

قال سحنون، وقاله ابن القاسم في اختلاف المتبايعين قبل القبض في الثمن: إنه يقضي ببينة البائع إذا زادت[4].

---

(1) انظر: المدونة: 8/158، 159.

(2) في (ش): (قالا).

(3) عياض: والتهاتر معناه: التكاذب، وبحدثان ذلك بكسر الحاء أي بقرب حدوثه، ولا يقال بفتح الحاء والدال. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1/2091.

(4) انظر: المدونة: 8/160.

ولو قال: أكريتك إلى المدينة بمائتين، وقد بلغاها، وقال المكتري: بل إلى مكة بمائة، فإن نقده المائة؛ فالقول قول الجمال فيما يشبه، لأنه ائتمنه، ويحلف له المكتري في المائة الثانية، ويحلف الجمال أنه لم يُكره[1] إلى مكة بمائة؛ ويتفاسخان.

وإن أقاما بينة؛ قضي بأعدلهما، وإن تكافأتا؛ سقطتا.

وإن لم ينقده؛ صدق الجمال في المسافة، وصدق المكتري في حصتها من الكراء الذي يذكره[2] بعد أيمانهما؛ ويفض الكراء على ما يدعي المكتري، والبينة في ذلك كما ذكرنا أولاً.

وقال هو وغيره: وذلك إذا أشبه ما قالاه، أو ما قال المكتري، وأما إن أشبه قول المكري[3] خاصة؛ فالقول قوله، ويحلف على دعوى المكتري.

قال غيره: أقضي ببينة كل [(ش: 8/ب)] واحد وإن لم يتكافآ[4] إذا عدلتا؛ لأن كل واحد ادعى فضلة أقام بها بينة؛ فأقضي بأبعد المسافتين، وبأكثر الثمنين، وإن لم يتناقدا[5].

قال مالك: وإذا تكاريا من مصر إلى مكة فاختلفا في الكراء بأيلة -يريد اختلفا في الثمن[6]-؛ فالقول قول المكتري إن أتى بما يشبه في كراء مضمون، أو معين.

قال: وهو في المضمون إذا قبض البعير الذي يحمل عليه؛ لم يكن للجمال نزعه منه إلا بإذنه، وهو أحق به في الفلس، وهو بحوزه إياه، كالمعين.

وفرّق غيرُه بين المعين والمضمون[7].

قال ابن حبيب: لأنه كأكرية الدور؛ فيلزم التفاسخ في بقية المسافة بعد التحالف.

---

(1) في (ش): (يكتر).

(2) في (ق): (يذكره).

(3) في (ش): (الكري).

(4) قوله: (لم يتكافآ) يقابله في (ف2): (وإن تكافئتا).

(5) انظر: المدونة: 8/160، 161.

(6) قوله: (يريد...الثمن) ساقط من (ق).

(7) انظر: المدونة: 8/162، 163.

قال ابن المواز: اختلف في أكرية الدواب فأحب إلي أنهما[1] إن اختلفا قبل الرحيل، أو بعد المسير القريب، كالجيزة وبئر عميرة، فإن اختلافهما في المسافة وفي الثمن سواء؛ يتحالفان، ويتفاسخان[2] كان كراء مضموناً، أو دابة بعينها، وكذلك في المضمون إذا لم يركبا ولم تمض مدة بعيدة، مثل الشهر، ونحوه من البعد.

وإن اختلفا بعد طول المدة في المضمون، وإن لم يبرحا، أو بعد بعيد المسافة في المعين؛ فالقول قول رب الدابة في المسافة، والقول قول المكتري في الكراء إذا لم يكن نقد بعد أيمانهما لا يبلغ الجمال إلا إلى الموضع الذي أقرَّ به؛ ولا يكون له فيه[3] من الكراء، إلا ما يقع له مما أقر له به الراكب بعد أن قبض الكراء على ما قاله[4] المكتري[5].

ومن المدونة[6] قال ابن القاسم: وإن واجرته على تبليغ كتاب، فقال: قد أوصلته، فأكذبته؛ فالقول قوله في أمد يبلغ في مثله؛ لأنك ائتمنته عليه؛ وعليك دفع كرائه إليه، وكذلك في[7] الحمولة كلها.

قال غيره: على الكري البينة أنه وفاه[8] حقه، وبلغه غايته[9].

وإن قال المكتري: دفعت الكراء، وأكذبه الجمال، وقد بلغ الغاية؛ فالقول قول الجمال إن كانت الحمولة بيده، أو بعد أن أسلمها إليه بيوم، أو يومين وما قرب، وعلى المكتري [(ش: 9/أ)] البينة.

---

(1) قوله: (أنهما) زيادة من (ق).

(2) قوله: (ويتفاسخان) ساقط من (ق).

(3) قوله: (فيه) زيادة من (ق).

(4) قوله: (ما قاله) يقابله في (ق): (قول).

(5) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 7/125.

(6) قوله: (ومن المدونة) زيادة من (ق).

(7) قوله: (في) ساقط من (ق).

(8) في (ق): (أوفاه).

(9) انظر: المدونة: 8/163 و164.

وكذلك الحاج إن[1] أقام الكرى بقرب بلوغهم ما لا[2] يبعد؛ صدق مع يمينه، فإن تطاول ذلك؛ فالمكتري مصدق مع يمينه، إلا أن تقوم بينة وكذلك قيام الصناع بالأجر بحدثان رد المبتاع، وإن طلب الجمال قبض الكراء قبل الركوب أو بعد المسير القريب فامتنع المكتري حملاً على سنة الناس، في نقد الكراء، أو تأخيره، فإن لم تكن لهم سنة؛ كان كالسكنى لا يعطيه، إلا بقدر ما سكن.

وإن عجل له الكراء من غير شرط؛ فلا رجوع له فيه، وإن أراد أحدهما نقد البلد الذي بلغا إليه وطلب الآخر نقد بلد التعاقد؛ قضى بنقد بلد عقدا فيه[3] الكراء.

وإن أكريت[4] إلى مكة، وأردت تعجيل الخروج، وأباه الجمال، فإن كان في الزمان بقية؛ لم يجبر إلا إلى خروج الناس، وللمكتري إلى الفسطاط؛ النزول بمنزله، ولا ينزله أوائل الفسطاط، إلا أن يكون ذلك الذي جرى عليه أمر الناس[5].

تم كتاب كراء الرواحل والدواب بحمد الله وعونه[6]

وصلى الله على محمد نبيه وعبده[7]



(1) في (ش): (إذا).

(2) في (ش): (لم).

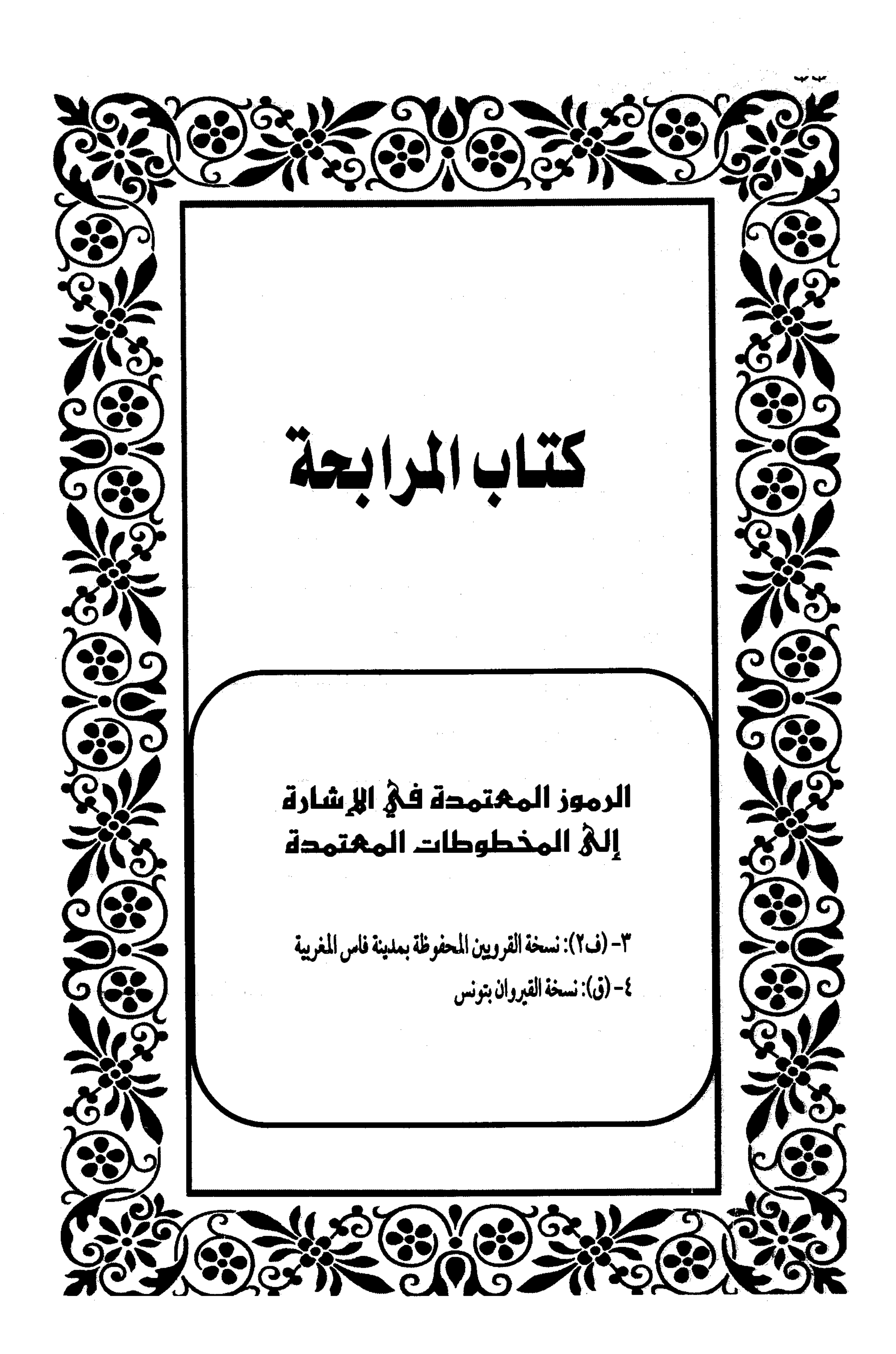
(3) في (ش): (عقد).

(4) في (ش): (أرردت).

(5) انظر: المدونة: 8/167.

(6) يبدأ من هنا سقط من نسخة (ش)، وينتهي عند بداية كتاب المأذون له في التجارة.

(7) قوله: (تم......وعبده) زيادة من (ق).



كتاب المرابحة

الرموز المعتمدة في الإشارة إلى المخطوطات المعتمدة

٣- (ف٢): نسخة القرويين المحفوظة بمدينة فاس المغربية

٤- (ق): نسخة القيروان بتونس



كتاب[1] المرابحة[2]

(1) قوله: (كتاب) ساقط من (ق).

(2) عياض: البيوع باعتبار صورها في العقد أربعة: بيع مساومة، وبيع مزايدة، وبيع مرابحة، وبيع استرسال واستئمان، وأحسنها بيع المساومة، وهو جائز بلا خلاف، وأسلم من سائرها، وتدخله الدلسة من وجهين أحدهما: أن تكون عند المشتري قديمة فيدخلها في السوق ليري أنها طرية مجلوبة، وهو المسمى بالتبريج، فهذا قد منعه شيوخنا، وأطلق ابن محرز أنه دلسة، وقال الداودي: من فعل ذلك فقد أربى، ومنه مسألة: كراهية أن يباع في التركة ما ليس منها، وروى عيسى عن ابن القاسم في الرقيق يجلب من طرابلس فيخلط به مصري رأساً ولا يبين أن للمبتاع الرد.

وقال مالك مثله فيمن خلط سلعة بتركة، فمبتاعها مخيَّر إذا علم، كذلك إذا أظهر للمشتري أنها طرية وإن لم يدخلها السوق والثاني: كتم عيب فيها مما لو علمه المشتري لم يشترها به أو بذلك الثمن.

ثم بيع المزايدة، وهو عرض السلعة في السوق فيمن يزيد، وهو جائز عند كافة العلماء، وكرهه بعضهم ورآه من بيع السوم على سوم أخيه، وهذا عند كافتهم إنما يكره بعد التراكن والاتفاق.

ويدخل بيع المزايدة الوجهان المتقدمان، وثالث: وهو النجش، وهو أن يجعل بائعها من يزيد فيها أو يفعل ذلك أحد من قبل نفسه ليقتدى به ويزيد عليه من يرغب فيها وليس مذهبه هو الشراء، فهذا إذا وقع وجب به الرد في قيام السلعة، والرجوع إلى القيمة بعد الفوات إن لم يرضَ المشتري بشرائه ؛ إن كان الناجش من سبب البائع، وإن كان من غير سبب البائع وعلمه ؛ مضى البيع وتحمل الناجش إثمه، وحكى القزويني عن مالك أن بيع النجش مفسوخ. وحكم بيع المزايدة أنها لمن وقفت عليه بالزيادة، فإن أعطى فيها رجلان عطاء واحداً تشاركا فيها على مذهَبِ ابن القاسم في العتبية.

وقيل: هي للأول منهما ولا يأخذها الآخر إلا بزيادة، وهو قول عيسى، فإن أعطيا فيها معاً اشتركا في ذلك، وهذا فيما بيع على الأيتام وفي الدين وبيع السلطان والوكلاء، وكل ما باعه غير مالكه.

وأما ما باعه الرجل لنفسه فإن أراد أعطاها للأول أو للثاني، أو لغيرهما، أو بأقل من الثمن، أو بما أعطي فيها، فلا حرج عليه ما لم يركن إلى أحدهما ويواطئه، وأما إن لم يختر ذلك وطلب الحكم بالواجب في سلعته؛ جرى فيها الحكم على ما تقدم، وأما بيع المرابحة، فهو أضيقها، ويتقى فيه الوجهان الأولان ووجهان آخران وهما: الكذب، وهو التزيد في الثمن. والثاني: الغش وكتمان كل ما لو علمه المشتري لم يشترها بالمرابحة، أو زهد فيها، أو إظهار كل ما يغتر به المشتري أنه ثمنها من رقم عليها أو توظيف ثمن وشبهه، وأما بيع الاسترسال والاستئمان، فهو للجاهل بقيمة السلعة وسعر السوق، يأتي إلى الرجل فيقول له: أعطني بهذا الدينار كذا، أو بهذا الدرهم كذا، ويُتَّقى فيه الغبن والخلابة وكتمان العيب، ويرد إذا خلبه وأعطاه بأكثر من سعر الناس إن كانت لم تفت، فإن

باب[1] وجه بيع المرابحة وما يحسب في الثمن وهل يبيع مرابحة من ورث أو رقم أو ابتاع مما يوزن ويكال أو بثمن فنقد سواه أو حط منه أو وهب له أو واجر به ومن ابتاع من عبده أو رجعت إليه سلعته بشراء أو إقالة وهل يبيع بعض الصفقة مرابحة من له[2] فيها شريك أم لا

وقد نهى الله تبارك وتعالى عن أكل المال بالباطل.

ونهى الرسول[3] عليه السلام عن الغش والخلابة في البيع[4].

ومن الخلابة والغش والخديعة ما يجري في بيع المرابحة مما يكتمه البائع من أمر سلعته مما لو ذكره كان أوكس للثمن، وأكره للمبتاع.

وقد نهى الرسول عليه السلام عن النجش[5]؛ وهو أن يعطي في السلعة ثمناً ليعتبر به غيره لا لحاجته إلى الشراء.

قال ابن القاسم: فمن ما ينبغي للبائع على المرابحة أن يبينه حوالة الأسواق بارتفاع، أو انخفاض، ويخبر بقدم السلعة، وبتغييرها لعيب، أو غيره، أو انتفاعه بها إن

=

فاتت رُدَّ إلى سوم الناس وما يسوى عند العامة، قاله ابن حبيب، وقصره على المشتري دون البائع. وغيره يجريه فيهما معا. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1655، ومابعدها.

(1) قوله: (باب) ساقط من (ق).

(2) في (ف2): (وله).

(3) قوله: (الرسول) زيادة من (ق).

(4) أخرجه مالك، كتاب البيوع، باب جامع البيوع: 2/685، برقم (1368)، والحديث في الصحيحين أخرجه البخاري، كتاب البيوع، باب ما يكره من الخداع في البيع: 2/745، برقم (2011)، ومسلم، في كتاب البيوع، باب من يخدع في البيع: 3/1165، برقم (1533).

(5) متفق عليه: أخرجه البخاري: 2/753، في باب النجش ومن قال لا يجوز ذلك البيع، من كتاب البيوع، برقم: 2035، ومسلم: 3/1156، في باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه...، من كتاب البيوع، برقم: 1516، ومالك: 2/684، في باب ما ينهى عنه من المساومة والمبايعة، من كتاب البيوع، برقم: 1367، من حديث ابن عمر رضي الله عنهما. ولفظه: "أن رسول الله ر نهى عن النجش".

انتفع، أو بما تجوز عنه في الثمن، أو أخر به، وينبغي له معرفة ما يحسب في رأس المال مما لا يحسب.

فمما لا يحسب في رأس المال نفقة نفسه كان المال له، أو قراضاً[1]، وجُعل السمسار وأجر الشد والطي وكراء البيت[2].

(1) في (ف2): (قراض).

(2) عياض: قال بعضهم: هذا يدل على أن أجر السمسار على المشتري، وهذا لا دليل فيه، إنما هو على عرف الناس في البلاد أو على صورة الحال من مستعملهم، فإن كان البائع هو الذي يدفع سلعته له ليبيعها فلا إشكال أنه أجيره وأن أجرته عليه، وإن كان المشتري هو الذي كلفه بطلب السلع من التجار ويتكلف له شراءها؛ فهو أجير له، وقد جاءت مسائل الجعل والإجارة مرة من استجار البائع من يبيع له، ومرة استجار المشتري من يشتري له، وأرى ما في الكتاب هذا معناه، أو لعله أراد بالسماسرة هنا الذين يتولون الشراء لمن لا يبصر من التجار، أو ممن يبصر ويصون نفسه عن تولي ذلك، ولهم على ذلك أجرة، وهم كثيرون في البلاد منتصبون لذلك، وإلى نحو هذا أشار بعضهم لما وقع هنا، وقال: مسألة الجعل تفسرها وهو قوله: (سألت مالكا عن البزاز يدفع إليه الرجل المال يشتري له بزاً، ويجعل له لكل مائة يشتري بها ثلاثةدنانير، قال: لا بأس به)، وقد تكون عادة بعض البلاد ذلك أن الأجرة أبداً في كل شيء أو في بعض المبيعات على المشتري مشترطة عليه، وإذا كان على هذا فيجب أن تكون معلومة؛ لأنها من جملة الثمن، وإلا فسد البيع، ويجب إذا كانت على ما وصفنا من الوجه الجائز أن تكون محسوبة مضروب عليها الربح؛ لأنها بعض الثمن، وقد ذكر بعض شيوخنا أنه إذا كان لا يستغنى عن أجر السمسار، فالقياس أن يحسب أجره ويضرب عليه ربحه؛ لأنه من جملة الثمن، إذ لم يصل إليه إلا بدفعه، وقاله أبو القاسم ابن محرز، وقال غيره: يحسب ولا يضرب عليها ربح، وقاله... ابن رشد، قال القاضي:: فكيف إذا كان هذا الأجر مشترطا عليه من قبل البائع فلا إشكال فيه، وإنما أسقطه في الكتاب مع أجر الطي والشد؛ لأن أكثر الناس يتولون ذلك بأنفسهم، قالوا: ولو علم أنه يحتاج فيه إلى النفقة لحسب كما يحسب الحمل، وكذلك قالوا في الخياطة والصبغ والقصارة لو تولى ذلك بنفسه أو حمل على دوابه لم يحمل أجر ذلك على السلعة إلا أن يبين؛ لأنه من باب التوظيف والرقم، وقاله سحنون، ولم يبين في الكتاب إذا ذكر هذه الأمور التي يجوز حسابها والربح عليها من صبغ وخياطة وشبهها، فهل يلزم بيانه أم يجمله في الثمن؟ فلم ير سحنون إجماله، وقال: لا بد من تفصيله وإن كان محسوبا ؛ فيقول: اشتريتها بتسع وصبغتها بتمام العشرة، وإن لم يفعل لم يجز عند سحنون في العتبية، وترد إن كانت قائمة، إلا أن يرضى المشتري أخذها بذلك، فإن فاتت مضت بذلك ولم ترد إلى القيمة. وقال محمد وابن حبيب: لا يلزمه البيان، وله أن يبيع بجملة ذلك ولا يفصل، واختاره أبو إسحاق، وقال: هو كمن اشترى سلعتين بثمنين،

فأما كراء الحمولة، والنفقة على الرقيق فإنه يحسب في أصل الثمن، ولا يحسب له ربح إلا أن يربحوه في ذلك كله بعد العلم به فلا بأس بذلك[1].

= فباعهما بذلك مرابحة وأجمل الثمنين، وظاهر ما في الموطأ ما أشار إليه سحنون، قال بعض شيوخنا: ويجب على قياس قول ابن القاسم فيها أن يحكم في المسألة بحكم الغش بعد الفوات. اهـ.

انظر: التبيهات المستنبطة، ص: 1659، ومابعدها.

(1) انظر: الموطأ: 2/668، المدونة: 7/181، 182.

عياض: قوله: (فأما كراء الحمولة فإنه يحسب في أصل الثمن ولا يحسب له ربح، إلا أن يعلم البائع من يساومه بذلك كله، فإن أربحوه بعد العلم بذلك فلا بأس به). فظاهره: أن الكلام إذا أُطلِق ضُرب الربح على ما له ربح، وأسقط الربح عما لا ربح له، وهذا غرر وجهل بالمبيع وحقيقة الثمن؛ إذ لا تخلو مسائل المرابحة من وجوه خمسة:

الوجه الأول: أن يبين جميع ما لزمها مما يحسب وما لا يحسب مفصلاً أو مجملاً، ويشترط ضرب الربح على الجميع، فهذا صحيح لازم للمشتري فيما يحسب وما لا يحسب، وفض الربح على جميعه بشرطه وإن جميع ما سماه لذلك وجعل له الربح فيه ثمن المبيع؛ لأن على هذا وقع الشراء، وهو معنى قوله المتقدم في الكتاب: (إلا أن يعلم البائع من يساومه بذلك، فأربحوه بعد العلم بذلك؛ فلا بأس به).

الوجه الثاني: أن يفسر ذلك - أيضاً - ويفسر ما يحسب ويربح عليه، وما لا يربح عليه، وما لا يحسب جملة، ثم يضرب الربح على ما يجب ضربه عليه خاصة، فهذا صحيح بيّن جائز أيضاً على ما عقداه.

الوجه الثالث: أن يبهم ذلك كله ويجمعه جملة فيقول: قامت علي بكذا أو ثمنها كذا وباع مرابحة للعشرة درهم، فهذا بيّن الفساد على أصولهم؛ لأنه لايدري ما يحسب له في الثمن وما لا يحسب وما يضرب له الربح مما لا يضرب، فهو جهل بالثمن منهما جميعاً، وإن علم ذلك البائع، فالمشتري جاهل به، وهذه صورة... البيوع الفاسدة.

الوجه الرابع: أن يبهم فيها النفقة بعد تسميتها فيقول: قامت علي بمائة بشدها وطيها وحملها وصبغها، أو يفسرها فيقول: منها عشرة في مؤنتها ولا يفسر المؤنة، فهذه أيضاً فاسدة؛ لأنها عادت لمجهلة الثمن حتى الآن ويفسخ، قاله أبو إسحاق وغيره، ووقع في كتاب محمد جواز مثل هذا إذا وقع على الإبهام في هاتين الصورتين كما نصصنا في المسألتين، قال: ويعمل فيه على التحقيق، ونظر ما يحسب وما لا يحسب، وفيه تعد وظلم على البائع في تخسيره رأس ماله فيما لا يحسب، وصار أسوأ حالا من الكاذب الذي زاد في ثمن سلعته ما لم يكن، وقد جعلوا له القيمة ما لم تكن أكثر من الثمن الصحيح، ووجَّه بعضهم قول محمد بأن ما يلزم في مؤن السلعة غير خاف قدره، وإن خفي منه شيء فيسير، والغرر اليسير مخفف في البيع، وهذا توجيه بعيد، وليس كل أحد يعرف هذا، ولو صح مثل =

قال سحنون: فإن حسب ما لا يحسب في رأس المال من ذلك ولم يفت؛ خُير بين إزالة ما لا يحسب وربحه وإزالة ربح الحمولة وربح نفقة الرقيق، أو رد السلعة إلا أن يتماسك بها المبتاع، وإن فاتت فهي كمسألة الكذب إن لم يضع البائع ما ذكرنا، كان على المبتاع القيمة إلا أن تكون أكثر من جميع الثمن فلا يزاد، أو تكون أقلَّ من الثمن بعد طرح ما لا يحسب وربحه، وطرح ربح ما يحسب ولا يحسب له ربح فلا ينقص.

قال ابن سحنون عن أبيه: فإن باع ولم يبين حوالة الأسواق، فإن لم تفت خير المشتري بين التماسك، أو الرد وليس للبائع أن يلزمه إياها بحطيطة شيء، وإن فاتت مضى البيع بالثمن كله، ثم رجع سحنون فقال: إن كان حال سوقها بزيادة؛ فلا قيمة

هذا لصحت الأشرية على القيم؛ إذ ذاك لا يخفى على التجار وأهل المعرفة، وهو مما أجمع على فساده.
وأوجه ما يوجه به عندي جوازه: أن البائع إذا باع على هذا على ربح كذا أو اشترى عليه المشتري أن ذلك من البائع، على أن الثمن الذي ذكره والربح له معلوم عنده والمشتري كذلك؛ جهلاً منهما بما يجب في ذلك، كما لو لم يقل: لي فيها نفقة، وأطلق الثمن جملة على ما في كتاب ابن حبيب، ثم تبين الأمر لهما بعد ذلك، فحملا فيه على السنة، إذا لم يعقدا على فساده، وإنما الحكم أوجب ما يصير إليه كما لو استحق بعض المشترى أو ظهر به عيب، وإن قيل: إن البائع كان يعلم ذلك فالمشتري يجهله، وهذا أصل مختلف فيه إذا كان الفساد من أحد المتعاقدين، هل يفسد العقد أم لا؟ وقد تقدم في الكتاب من حيث يخرج القولان من كتاب الصرف وغيره.
الوجه الخامس: أن يفسر المؤنة، فيقول: هي علي بمائة؛ رأس مالها كذا، ولزمها في الحمل كذا، وفي الصبغ والقصارة كذا، وفي الشد والطي كذا، وباعها على المرابحة للعشرة أحد عشر، أو للجملة أحد عشر ولم يفصلا ولا شرطا ما يوضع عليه الربح مما لا يوضع، وما يحسب مما لا يحسب؛مذهبهم جواز هذا، وفض الربح على ما يجب، وإسقاط ما لا يحسب... في الثمن، وفي هذا نظر؛ لأن البائع - وإن علم ذلك وبيّنه على المشتري - فقد يجهلان الحكم وما يجب حسابه وما لا يجب، وما يجب له الربح وما لا يجب، فتبقى المجهلة بالثمن حتى يفصل بينهما بالحكم من يعلم، وإلى نحو ما أشرنا إليه أشار إليه أبو إسحاق فيما ظهر لي من كلامه في المسألة، ولعل قولهم فيها بالجواز أنهما لم يعملا على الغرر والمجهلة، ولا عقدا عليه، وظنا أن هذا حكم المرابحة، فلم يقصدا الفساد، فكان هذا كغش البائع أو كذبه؛ لأنه إن كان عالما فهو ذلك، وإن كان جاهلا فهو خطأ، فالعمد والخطأ في أموال الناس سواء، وظاهر المدونة والذي في الموطأ وكتاب ابن حبيب أن ما تكلموا فيه خلاف مسألة كتاب محمد، والله أعلم. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1662، ومابعدها.

فيها، وإن كانت بنقص؛ كانت مثل مسألة الكذب، ويكون ما حالت إليه من النقص كالثمن الصحيح.

وقال ابن عبدوس: إن فاتت فعليه القيمة، إلا أن يكون أكثر من جميع الثمن فلا يزاد، وليس هذا كالكذب، وهذا من الغش والخديعة[1]؛ كمن باع صبرة جزافاً يعلم كيلها.

قال ابن القاسم: وأما ما أحدث من الصنعة فيها كالصبغ، والقصارة[2]، والخياطة -يريد والطراز- فإنه[3] يحسب في الثمن، ويضرب له الربح.

قال: فإن ضرب له الربح على الحمولة، ولم يبين ذلك فإن لم تفت السلعة؛ فسخ البيع إلا أن يتراضيا على أمر جائز[4]، فإن فاتت بتغير في بدن، أو سوق فإن ذلك يحسب في الثمن ولا يحسب له ربح[5].

ولا بأس بالبيع بربح للعشرة أحد عشر، أو اثنا عشر، أو أقل، أو أكثر، وللدرهم درهم، ويجوز البيع بوضيعة للعشرة أحد عشر ويقسم الثمن على أحد عشر جزءاً؛ فيحط عنه جزء منها[6].

ومن رقَم على متاع ورثه فلا يبيعه مرابحة على ما رقم[7]، وكذلك إن رقم على ما

---

(1) انظر: النوادر والزيادت، لابن أبي زيد: 6/347، 348.

(2) في (ف2): (والقصار).

(3) في (ف2): (فإن).

(4) عياض: ومعنى قوله: إلا أن يتراضيا؛ فجعل تراضيهما استئناف بيع، ولم يقل هنا ما قال في سائر مسائل المرابحة الفاسدة بالكذب والغش، ولزوم ذلك إذا رضي المشتري في جميعها، أو باحتطاط البائع ما زاده في مسألة الكذب إلا ما اختلف فيه من المشتري من ذلك بالدين، ووقع في كتاب ابن حبيب إجازة مثل هذا وصحته إذا عقده على المرابحة للعشرة أحد عشر، وسكت عن نص ما لزمها وتفسيره. قال فضل: وتفسيره أنه جعل هذه الأشياء في أصل الثمن وضرب عليها الربح. اهـ.
انظر: التبيهات المستنبطة، ص: 1664، 1665.

(5) في (ف2): (الربح)، وانظر المسألة في: المدونة: 7/182.

(6) انظر: المدونة: 7/183.

(7) عياض: وظاهر تعليله بهذا يدل أنه عنده من باب الغش والخديعة، وأنه إنما باع على الثمن الصحيح لا على الرقم، وعليه حمل المسألة بعضهم، وأن معنى قوله: على ما رقم، أي باعها وعليها هذه

اشترى[1].

قال[2] كتاب[3] في البيوع الفاسدة: فيمن ابتاع ثياباً فرقم عليها أكثر مما ابتاعها به، وباعها برقومها، ولم يقل: قامت عليّ بذلك، قال: شدد مالك فيه الكراهية واتقى[4] فيه وجه الخلابة[5].

قال سحنون: فإن رقم ما ورث ثم باع مرابحة ولم يبين فعلم ذلك قبل فوات[6] السلعة، خُيّر المشتري بين أخذها بجميع الثمن، أو ردها وإن فاتت فعليه الأقل من القيمة، أو الثمن[7].

وإن اشترى جملة متاع، فرقم عليه -يريد ما وظف على كل ثوب من جملة الثمن- فباع سلعة منه على ما رقم مرابحة، ولم يبين، فإن لم تفت فللمبتاع التماسك بذلك لجميع =

الرقوم ليغر بها من يراها ويظن أن صاحبها اشتراها بتلك الرقوم التي كتب عليها ونسي ذلك، فذكر من الثمن ما هو أقل، وأن المسألتين في شراء الجملة والميراث سواء، حكمهما حكم مسائل الغش، وقيل: بل معنى ذلك أنه باعها على أن رقومها أثمانها، وهذا عند بعضهم كذب بكل حال في المسألتين وصف الثمن أو افتعله، يجري فيها... حكم الكذب.

ومسألة الرقم، على ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يرقم فيها رقوماً أكثر من أثمانها، ويبيعها على الثمن الصحيح ليغر بها من يظن به الغفلة والنسيان لثمنها ممن لا يتورع، فيراها فرصة يغتنمها بزعمه، فهذه مسألة غش كما تقدم.

الثانية: أن يبيعها على رقم، وزاد من الكذب، أو تكون ميراثا أو هبة مما لاثمن لها معلوم، فهذه مسألة كذب بنفسها.

الثالثة: أن يشتري جملة ويرقم عليها توظيف الثمن ويبيع على ذلك مرابحة، فهذه مسألة كذب عند سحنون؛ لأنه زاد في ثمن الجملة؛ إذ ليس له شراؤها كشراء المفرد، فزاد في التوظيف على ما كان يجب للمفرد بالحقيقة. اهـ. انظر: التبيهات المستنبطة، ص: 1676، 1676.

(1) انظر: المدونة: 7/ 184.

(2) في (ف2): (وقال).

(3) قوله: (كتاب) زيادة من (ق).

(4) في (ق): (وإنها)، والمثبت موافق لما في تهذيب البراذعي: 3/ 169.

(5) انظر: المدونة: 7/ 86.

(6) في (ق): (فوت).

(7) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 6/ 348.

الثمن أو رده، فإن ردها فللبائع أن يلزمه إياها بما يقع عليها من جملة الثمن وما قابل ذلك من الربح.

فإن[1] فاتت وأبى المشتري التماسك، وأبى البائع أن يضرب له الربح على ما يقع عليها بالعدل فعلى المشتري القيمة يوم ابتاعها إلا أن يزيد ذلك على الثمن الذي اشتراها به[2] فلا يزاد عليه، أو يكون أقلَّ مما يقع لها من الثمن بالقيمة وحصة ربحه فلا تنقص منه.

وقال ابن عبدوس: إن لم تفت فليس للبائع أن يلزمه إياها بما يقع عليها من الثمن إلا أن يشاء[3] المشتري لحجة المشتري أن شراء الجملة يزاد فيها، فإن فاتت؛ فعليه القيمة إلا أن يشاء أن يتماسك ببيعه الأول[4].

قال ابن القاسم: ومن ابتاع سلعة فوهبها لرجل ثم ورثها عنه فلا يبيعها مرابحة[5].

ومن ابتاع نصف سلعة، وورث نصفها -ابن حبيب: أو وهب له-؛ لم يجز له بيع نصفها مرابحة حتى يبين؛ لأنه يدخل في ذلك ما ابتاع وما ورث[6].

ومن ابتاع[7] سلعة مرابحة ثم أقال منها لم يبع مرابحة إلا على ثمنها الأول ولو ابتاعها بعد ذلك بأقل مما ابتاعها[8] به أو بأكثر[9]؛ باع مرابحة على الثمن الآخر[10].

---

(1) في (ق): (وإن).

(2) قوله: (به) ساقط من (ق).

(3) في (ف2): (إن شاء).

(4) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 6/348.

(5) انظر: المدونة: 7/193.

(6) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 6/349.

(7) في (ف2): (باع).

(8) في (ف2): (باعها).

(9) في (ق): (أكثر).

(10) انظر: المدونة: 7/198.

وإن ابتاع من عبده، أو مكاتبه بغير[1] محاباة فليبع مرابحة، وكذلك في شراء العبد من سيده؛ لأن للسيد محاصة غرماء العبد لما داينه به بغير محاباة[2].

يريد ما لم يكن ما بيد العبد مال استتجره به السيد[3].

ومن ابتاع سلعة بشيء مما يكال، أو يوزن فله بيعها على ذلك مرابحة إذا بين صفته، وكذلك بعرض إذا وصفه، ولا يجيزه أشهب؛ لأنه من بيع ما ليس عندك.

وما ابتعت من موزون، أو مكيل من طعام، أو غيره فلك بيع نصفه، أو ما شئت من أجزائه مرابحة، أو بيع عشرة أقفزة، أو عشرة أرطال من مائة، هذا إن كان كله غير مختلف.

وإن ابتعت ثوبين بأعيانهما فلا تبع أحدهما مرابحة بحصته وإن اتفقت الصفة، ولو كانا من سلم جاز ذلك قبل قبضهما، أو بعد إذا اتفقت الصفة ولم يتجاوز عنه فيهما؛ إذ لو استحق أحدهما لرجعت بمثله، والمعين إنما يرجع بحصته من الثمن.

أجازه ابن نافع: وإن كان من بيع.

قال في كتاب الصلح: ولا يولي أحد الثوبين المعينين، ولا يبتعه بحصته من الثمن غير مسمى[4].

قال سحنون: لا يجوز بيع أحدهما مرابحة بنصف الثمن، وإن كانا من سلم وإن بعت جزءاً شائعاً مرابحةً من عروض ابتعتها معينة؛ جاز كنصف الجميع أو ثلثه.

وكذلك الرقيق؛ لأنه بثمن معلوم بخلاف ما يبتدأ فيه قيمة.

ولو ابتاع رجلان عروضاً ثم اقتسماها؛ لم يجز أن يبيع أحدهما حصته مرابحة حتى يبين.

ومن ابتاع نصف عبد بمائة، ثم ابتاع غيره نصفه بمائتين، ثم باعاه مرابحة بربح

---

(1) في (ف2): (لغير).

(2) انظر: المدونة: 7/205.

(3) قوله: (يريد ما....السيد) ساقط من (ق).

(4) انظر: المدونة: 7/429.

مائة، أو للعشرة واحد[1] مرابحة، فلكل واحد ما نقد والربح بينهما بقدر ذلك.

وإن باعاه بوضيعة من رأس المال، فالوضيعة بينهما بقدر رءوس أموالهما[2].

وإن باعاه مساومة، فجميع الثمن بينهما نصفين في البيع بالربح، أو بالوضيعة.

ومن ابتاع سلعة بمائة فنقدها وافترقا، ثم وهبت له المائة فله أن يبيع مرابحة.

ولو ابتاع على النقد، ثم أخر بالثمن، أو نقد وحط عنه ما يشبه حطيطة البيع، أو تجاوز عنه درهماً زائفاً فلا تبع مرابحة حتى تبين ذلك[3].

ومن باع مرابحة أوَّلاً، ثم حطه بائعه من الثمن إما ليجاوز[4] عنه أو لاستغلاء أو لغيره[5]، فإما أن يحط عن المبتاع الثاني ذلك الحطاط.

قال[6] سحنون: بغير ربح يقابله، وقال أصبغ: بل بما قابله من الربح[7].

قال ابن القاسم: فإذا حطه[8] لزم البيع، وكذلك المولي، وإلا فللثاني من مبتاع أو مولى ردها أو حبسها بجميع الثمن ما لم يكثر الحطاط كنصف الثمن، وما يعلم أنه لغير سبب البيع؛ فلا يحط عن المبتاع شيء، والبيع لازم له.

وكذلك في التولية والشرك في كثير الحطاط، فأما في قليله فهو مجبور على أن يحط المشرك خاصة.

محمد: أو[9] مولى بعضها.

ابن القاسم: وهو في المولى لجميعها، أو في بيع المرابحة مجبرٌ[10] كما ذكرنا.

---

(1) في (ف2): (واحدة).

(2) في (ف2): (أموالهم)، وانظر المسألة في: المدونة: 7/ 198.

(3) انظر: المدونة: 7/ 188.

(4) في (ف2): (ما تجاوزا).

(5) في (ف2): (غيره).

(6) قوله: (قال) ساقط من (ق).

(7) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 6/ 357.

(8) في (ق): (حط).

(9) قوله: (أو) زيادة من (ق).

(10) في (ف2): (محمد).

قال[1] سحنون وابن حبيب: وإن فاتت، وأبى أن يحط عنه ما حط وتمادى المشتري على طلب البائع؛ فعليه القيمة إلا أن يكون أكثر من الثمن فلا يزاد أو يكون أقلَّ من الثمن بعد طرح ما حطَّ فيها بغير ربح فلا ينقص[2].

قال ابن القاسم: ومن ابتاع سلعة بألف درهم فنقد فيها مائة دينار؛ فذلك جائز وليبين ذلك في المرابحة[3].

وكذلك لو أعطى في الثمن طعاماً، أو ما يوزن، أو يكال من عرض أو طعام، أو ابتاع بذلك ثم نقد عيباً، أو جنساً سواه من مكيل، أو موزون من طعام أو عرض، فليس ذلك كله في المرابحة وليضربا الربح على ما أحبا مما كان عقد عليه أو نقد إذا وصف ذلك.

وكذلك إن نقد في العين ثياباً؛ جاز أن يربح على الثياب إذا وصفها كما أجزنا لمن ابتاع بطعام[4] أو عروض أن يبيع مرابحةً عليها إذا وصف[5].

ولم يُجز أشهب المرابحة على عرض، أو طعام؛ لأنه من بيع ما ليس عندك إلى غير أجل السلم[6]. وقاله سحنون.

قال ابن القاسم: ولا يجوز أن يربحه على قيمة العروض التي[7] نقد، وكل من ابتاع بعين[8] فنقد خلافه من عين، أو عرض مما يكال، أو يوزن وباع ولم يبين؛ رد ذلك إلا أن يتماسك المبتاع ببيعه، وإن فاتت السلعة بتغير في[9] سوق أو بدن أو بوجه من وجوه الفوت ضرب للمشتري الربح على ما نقد البائع على الجزء الذي

---

(1) قوله: (قال) زيادة من (ق).
(2) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 6/357.
(3) انظر: المدونة: 7/188.
(4) في (ف2): (لطعام).
(5) انظر: المدونة: 7/189.
(6) انظر: المدونة: 7/190.
(7) قوله: (العروض التي) يقابله في (ق): (العرض الذي).
(8) في (ف2): (بنقد).
(9) قوله: (في) زيادة من (ق).

أربحه في كل مكيل أو موزون، وإن كان ذلك خيراً للمبتاع وإلا فله التماسك بما عقد البيع به[1].

---

(1) انظر: المدونة: 7/191، 192.

عياض: ومسألة إجازة ابن القاسم المرابحة على العروض، خرج منها بعض الشيوخ من الكتاب جواز السلم الحال، وهو استخراج بعيد، وإن كان قد حكي هذا القول عن مالك، وقال أَشْهَب: هو سلف إلى غير أجل، ولم يجزه إلا أن تكون العروض عنده حاضرة. وقال ابن حبيب: ليس هذامن السلف إلى غير أجل، واختلف الأشياخ في تأويل إجازتها على هذا، فقيل: إنما جاز عند ابن القاسم لأنهما لم يقصدا به السلم، والعرض إنما هو ثمن والمبيع غيره، وهذا يضعف ؛ لأن الثمن والمثمون على أصولنا في مراعاة هذا سواء، واحتجاجهم في ذلك بمسألة الشفعة بما بيع بالعروض قد يفترق؛ إذ لا يقدر الشفيع في مسألة الشفعة إلا على ذلك، وإلا بطل حقه، وهنا قادر على شرائها وبيعها مساومة وغير ذلك مما يخرجان به عن السلم لغير أجل، وقال القابسي: معنى قول ابن القاسم ما قال أَشْهَب قبل، وهما متفقان، لكن ابن القاسم إنما تكلم في الكتاب على مجرد جواز بيع المرابحة في المسألة، ثم لو سئل كيف يجوز ذلك ؟ قال: ما قاله أَشْهَب إنه إذا كان العرض عنده، وكثير ما يأتي له مثل هذا القول فيجمل الجواب، فإذا... سئل فصله. ومسألة نقد غير ما به عقد فباع مرابحة؛ نص في المدونة أنه لا يبيع على ما عقد كيف كان من نقد أو عرض أو طعام، حتى يبين، وظاهرها كذلك مما نقد كيف كان حتى يبين، وكذلك في كتاب ابن حبيب إذا باع مرابحة... ولم يبيّن. واختلف ما عقد عليه وما نقد، ونص في كتاب محمد أنه يجوز له أن يبيع على ما نقد وإن لم يبين، في الدنانير والدراهم والمكيل والموزون وسائر العروض والطعام، وعلى هذا تأول فضل مذهب المدونة وكتاب ابنحبيب، وقال: رأيتهم يذهبون في الجواب في هذه المسألة على أن يبيعه على ما عقد لا على ما نقد ولو باع على ما نقد جاز وإن لم يبين، قال: وكذا رواية ابن وَهْب عن مالك في موطئه وابن القاسم وأَشْهَب عنه في السماع وعلي وابن أشرس عنه أيضا.

قال القاضي: وإنما هذا عندي والله أعلم إذا كان الذي نقد أقل مما عقد به وأنكر محمد بن مسلمة نقده عن الطعام غيره ورأى أن ذلك من بيعه قبل قبضه وقد اعتذر عنها شيوخنا وتأولوها بما هو منصوص في... أصولنا الشارحة.اهـ.

انظر: التبيهات المستنبطة، ص: 1680، وما بعدها.

فيمن باع مرابحة وزاد في الثمن أو باع بنقد ما اشتراه[1] إلى أجل أو بعد أن أطلع على عيب فرضيه أو حدث بالسلعة عنده عيب فكتمه أو حالت في سوق أو بدن أو بعد أن انتفع أو اغتلّ وما ينبغي أن يبينه من ذلك في المرابحة

قال ابن القاسم: وينبغي لمن باع مرابحة أن يبين حوالة سوق السلعة بنقص، وكذلك أُحب له إن زاد سوقها لرغبة الناس في الحديث لطرائه، وكذلك إذا تقادمت السلعة عنده يبين ذلك في عروض، أو حيوان، أو ربع[2].

ورويَ عن مالك أنه كره بيعها مساومة حتى يبين تقادمها عنده[3].

ولو اغتل من[4] ذلك ما له غلة من ربع، أو حيوان؛ فليس عليه أن يبين ذلك إذا لم يطل زمان ولا حالت[5] الأسواق وأما إن طال زمان أو حالت[6] سوق؛ فليبين ولا يكاد يطول الزمان إلا حالت الأسواق.

وأما الحيوان فلا يكاد يثبت على حال وليس عليه أن يبين حلابه للغنم إلا أن تطول المدة فيبين طولها بحوالة الأسواق[7].

وأما الصوف يجزُّه فإن لم يكن يوم التبايع تاماً فإنه لم ينبت إلا بعد مدة تتغير فيها وإن كان يومئذ تاماً؛ فقد صار له من الثمن حصة، فعليه أن يذكر ذلك[8]

(1) في (ق): (شراه).
(2) انظر: المدونة: 7/186.
(3) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 6/347.
(4) في (ف2): (في).
(5) في (ق): (حال).
(6) في (ق): (حال).
(7) انظر: المدونة: 7/185.
(8) قوله: (ذلك) ساقط من (ق).

في الوجهين.

وإن توالدت لم تبع[1] حتى يبين وإن باعها بأولادها إذ لا بد أن يتغير سوقها ولو ولدت الأمة لم تبع الأم مرابحة حتى يبين[2].

وإن ابتاع ثوباً فلبسه، أو دابة فركبها في سفر؛ فليبين ذلك في بيع المرابحة ، ولو كانت أمةً فوطئها؛ لم يبين إلا أن يكون افتضها وهي ممن ينقصها ذلك فليبينه، وأما الوخش التي[3] ربما كان ذلك أزيد لثمنها فلا تبيين عليه[4].

قال غيره: وليس عليه أن يبين[5] ما خفَّ من ركوب، أو لباس إذا لم يتغير لذلك[6].

وإذا ابتعت أمة بالبراءة من ذهاب ضرس، أو عيب من العيوب، أو حدث بها ذلك عنده فلا يبيعها مساومة، أو مرابحة حتى يبينه[7].

---

(1) في (ق): (يتبع).

(2) انظر: المدونة: 7/185 و186.

عياض: اعترضها فضل، وقال: هذا من... بيع التفرقة، وللناس في تعليل جوازها تأويلات عدة:

أحدها: قولهم: لعله أعتق الولد.

الثاني: لعله بلغ حد التفرقة، وبين السيد طول المدة.

الثالث: لعله مات.

الرابع: لعله على تأويل ابن القاسم عن مالك في العتبية وتخريجه في سماعه من المسألة أنه رجع إلى إجازة بيع التفرقة، وقد وهموه في هذا التأويل.

الخامس: أن يكون ذلك برضى الأم على أحد القولين.

السادس: أنه إنما تكلم هنا على أحكام بيع المرابحة، ولم يتعرض إلى الكلام على التفرقة، فلم يتحرز منها، وكثير ما يرد له هذا في مسائله. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1679، 1680.

(3) في (ف2): (الذي).

(4) انظر: المدونة: 7/206.

(5) قوله: (أن يبين) يقابله في (ق): (بيان).

(6) في (ق): (ذلك)، وانظر المسألة في: المدونة: 7/206.

(7) انظر: المدونة: 7/184.

ولو ظهرت على عيب بها بعد ابتياعكها[1] فرضيته؛ لم يجز لك ذكره في المرابحة حتى تبين أنك ابتعتها سليمة، ثم رأيت العيب فرضيته، وكذلك إن اطّلعت على أن البائع كذلك في الثمن فرضيت ذلك لم تبع مرابحة حتى تبين ذلك كله[2].

ومن ابتاع أمة فزوجها لم يبع مرابحة، أو مساومة حتى يبين؛ لأنه عيب، فإن لم يبينه وهي بحالها خُيِّر المبتاع في قبولها بجميع الثمن، أو ردها، وليس للبائع أن يلزمه إياها[3] على أن يحط عنه قيمة العيب[4].

قال ابن عبدوس: بخلاف الكذب في الثمن؛ لأن الكذب الذي كره المبتاع يزول

---

(1) في (ف2): (ابتياعها).

(2) انظر: المدونة: 187/7.

(3) قوله: (إياها) ساقط من (ق).

(4) انظر: المدونة: 207/7.

عياض: مسألة الجارية التي باعها مرابحة ولم يبين بأنه زوجها كيف قال: فإذا كان في البيع فساد لم يكن فوتها عند المشتري بالذي يمنعه من الرد بالعيب، فقد سمى أيضاً الغش بالعيب فساداً، فهذا مراده، ولو كان حكمه عنده حكم البيع الفاسد لألزم فيه القيمة ما بلغت، كسائر البيوع الفاسدة.

وقوله في مسألة الجارية المذكورة: (وإن كانت فاتت بعتق أو تدبير أو كتابة، خُيِّر البائع، فإن أحب حط عن المشتري ما يقع على العيب من الثمن وما ينوبه من الربح وإلا أعطى قيمة سلعته معيبة، إلا أن تكون قيمة سلعته معيبة أقل مما يصير عليها من الثمن وربحه، فلا يكون للمشتري أن ينقصه من ذلك؛ لأن البائع يطلب الفضل قبله وقد ألغينا عن المشتري قيمة العيب وضرب الربح عليه.

أو تكون القيمة أكثر مما ينوب الثمن وربحه بعد إلغاء قيمة العيب وما يضرب من الربح عليه، فلا يكون للبائع على المشتري غير ذلك؛ لأنه قد كان رضي بها)، كذا في كتب شيوخنا، وروايتي، وأكثر النسخ في مساق هذا الجواب، وقوله: فلا يكون للبائع أن ينقصه من ذلك؛ كذا عند شيوخي، وهي رواية أحمد بن أبي سليمان، ويحيى بن عمر، وفي بعضها: فلا يكون للبائع، وكذا عند ابن خالد، قال بعضهم: وهو أصح من المشتري.

قال القاضي: وهما عندي يرجعان إلى معنى واحد، لكن لفظة المشتري أليق وأحسن في نظم كلام المسألة وبيانها، وما جاء به بعد، وقد جاء في بعض الروايات مكان ما تقدم بعد قوله: أو تكون القيمة أكثر من الثمن: فلا يكون للبائع على المشتري غير ذلك؛ لأنه قد كان رضي بذلك، وهذه الزيادة كلها في الروايتين من تخيير البائع. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1690، ومابعدها.

لحطيطته، والعيب لا يزول بطرح منابته ولا يفيت رد هذه حوالة الأسواق، أو نقص خفيف، ولا زيادة؛ لأنه من معنى الرد بالعيب الذي لا يفيته ذلك في بيع صحيح، أو فاسد بخلاف من اطّلع على زيادة في الثمن.

قال: فإن فاتت بعتق، أو نحوه فعلى البائع ردُّ قيمة العيب من الثمن بما يقع لذلك من رأس المال وربحه[1].

قال ابن عبدوس: وهذا معنى ما كرر فيه الكلام في الكتاب، وليس كمسألة الكذب.

قال سحنون: وكذلك الذي اشترى جارية قد ذهب ضرسُها، وباع مرابحة[2]، ولم يبين واشتراها، ثم اطلع على عيب بعد الشراء[3] فرضيه، ثم باع مرابحة ولم يبين، فإما إن بين[4] العيب ولم يذكر أنه اطلع عليه بعد الشراء فرضيه، فهذه كمسألة الكذب، فإن

(1) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 6/353.

(2) عياض: قال: لا تبع مرابحة حتى تبين، كذا عندي مصلح، وعليه اختصر ابن أبي زمنين.

وفي بعض الروايات: قد ذهب ضرسها، وعليه اختصر أبو محمد، وفائدة اختلاف الرواية أن الذي اشتراها على السلامة، ثم اطلع على العيب فرضيه، فبيّن العيب حين باع ولم يبيّن أنه حدث عنده أو لم يشتر عليها؛ أنهما مسألتا كذب لما يقع على العيب من الثمن، والذي اشترى على عيب أو حدث عيب عنده فلم يبينه، فهما مسألتا تدليس بعيب، قاله ابن عبدوس، ومثله لابن سحنون.

وقال فضل: في الذي حدث عنده ولم يبين: هي مسألة غش.

قال القاضي: أما الذي حدث عنده ولم يبين فجمع التدليس والكذب على ما تقدم، أو الكذب والغش على القول الآخر، وقد قال بعضهم: انظر: جعل نقص الضرس الواحد هنا عيباً، وليس عندهم بعيب في البيوع على ما وقع في كتاب ابن حبيب ومحمد، إلا في الرائعة، وقد فرق بعضهم بين المقدم في ذلك والمؤخر من الفم، فجعل الواحدمن ذلك عيباً دون غيره، وقد أشار بعضهم إلى أن هذا حكم المرابحة أن يبين جميع ما فيها من قليل العيوب وكثيرها، ويسير ما يحدث فيها من التغير وكثيره، فعلى هذا تخرج عنده مسألة الكتاب، ولا تكون خلافا لما تقدم، وذلك أن المرابحة يبين فيها الضرس الواحد، وإن حدث عنده، وإن لم يلزم بيانه في بيع المساومة، كما لا يلزم فيها بيان الثيوبة والبكارة ولو افتضها، ثم باع... مرابحة لبين. اهـ.

انظر: التبيهات المستنبطة، ص: 1677، ومابعدها.

(3) قوله: (بعد الشراء) ساقط من (ق).

(4) قوله: (إن بين) يقابله في (ف2): (أن يبين).

لم تفت فإما رضيها بالثمن كله، أو ردها إلا أن يحط عنه البائع حصة العيب وربحه فألزمه، فإن فاتت -يريد بحوالة سوق أو غيره- فإن حطَّ البائع المشتري حصة العيب، وما ينوبه من الربح فلا حجة له فإن أبى فعلى المشتري قيمتها معيبة، إلا أن يكون أكثر من جميع الثمن فلا يزاد، أو يكون أقلَّ من الثمن بعد طرح حصة العيب وربحه، فلا ينقص من ذلك[1].

ولو افتضها ثم باع مرابحة ولم يبين، فهذه إن حط عنه البائع منابة الافتضاض من الثمن، وما قابله من الربح فلا حجة له بخلاف غيره من العيوب؛ لأن له أن يبيع غير مرابحة ولا يذكر الافتضاض، ولا يبيع في غيره من العيوب مرابحة، أو مساومة حتى يبين.

فإن فاتت وأبى أن يحطَّ حصة الافتضاض؛ فله قيمتها مفتضة إلا أن يكون ذلك أكثر من الثمن الذي وقع به البيع فلا يزاد، أو يكون أقلَّ من الثمن بعد إلغاء حصة الافتضاض وحصة ربحه فلا ينقص.

وكذلك من اشترى غنماً عليها[2] صوف فجزَّه ثم باعها ولم يبين وهذا نقص من الثمن[3]، وليس كالعيب.

قال أشهب في مسألة الافتضاض هي كمسألة الكذب.

وكل ما ذكرت عن سحنون في هذا فمن كتاب ابنه وكتاب ابن عبدوس.

قال ابن القاسم: ومن باع سلعة مرابحة فزاد في الثمن ولم تفت، خُيِّر المبتاع بين أخذها بجميع الثمن، أو يردها؛ لأنه وإن كذب فله ألا يبيع إلا بما شاء إلا أن يحط البائع الكذب وربحه فيلزم المبتاع، فإن فاتت -ويفيتها ما يفيت البيع الفاسد- فعلى المبتاع قيمتها يوم قبضها، إلا أن يكون ذلك أكثر من الثمن بالكذب وربحه؛ فلا يزاد عليه، أو يكون أقلَّ من الثمن الصحيح، وما قابله من الربح فلا ينقص منه؛ لأنَّ الحجة

---

(1) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 6/353.

(2) في (ف2): (وعليها).

(3) انظر: المدونة: 7/185.

للمبتاع في طلب الفضل[1].

وفي رواية عليّ في فوت السلعة: أن البائع مخير بين أخذ الربح على ثمن الصحة، وإلا فله قيمتها إلا أن يشاء المبتاع إن ثبت على ما اشتراها، فإن أبى فعليه القيمة.

قال في رواية علي: يوم ابتاعها إلا أن يكون أقلَّ، أو أكثر على نحو ما ذكر ابن القاسم، ولو كانت السلعة مما يكال أو يوزن فلا فوت فيها، ويرد المبتاع المثل صفة، ومقداراً وله الرضا بها بجميع الثمن، أو رد مثلها إلا أن يحطَّ عنه البائعُ الكذب وما قابله من الربح فيلزمه.

ومن باع سلعة مرابحة، وقال: قامت عليّ بمائة فأربح عشرة ثم ثبت[2] أنها قامت عليه بعشرين ومائة فإن لم تفت خير المبتاع[3] بين ردها أو يضرب له الربح على عشرين ومائة.

ولو[4] فاتت بنماء أو نقص؛ فهو مخير إن شاء لزمه قيمتها يوم التبايع إلا أن تكون القيمة أقلَّ من عشرة ومائة فلا ينقص منه أو تكون أكثرَ من عشرين ومائة وربحها فلا يزاد عليه[5].

---

(1) انظر: المدونة: 7/200، 201.

(2) في (ف2): (يثبت).

(3) في (ق): (المشتري).

(4) في (ق): (فإن).

(5) انظر: الموطأ: 2/668. المدونة: 7/204.

عياض: وقوله في قيامها: (خير المشتري بين ضرب الربح له على رأس ماله عشرين ومائة أو ردها، وإن فاتت خير المشتري - أيضاً - فإن شاء أعطى البائع قيمتها إلا أن تكون أقل مما اشتراها به وربح ذلك أو أكثر من رأس مالها، وضرب الربح عليه، فلا يكون عليه غير عشرين ومائة وضرب الربح عليها).

قال ابن أبي زمنين: لا معنى لقوله خير المشتري؛ إذ لم يكن يعطنا في الجواب إلا وجهاً واحداً وهو غرم القيمة.

قال القاضي: تخييره هنا بيّن على الوجه الذي حده في قيامها، وهو أن يضرب له الربح على رأس ماله، فإن أبى رجعنا إلى القيمة، ألاتراه كيف قال: خير أيضاً، فاستغنى عن ذكر ذلك ثانية في

ومن ابتاع سلعةً بعشرة إلى أجل فليبين ذلك في المرابحة، فإن باعها بالنقد ولم يبين ردت[1].

قال ابن حبيب: إن شاء المبتاعُ إن لم تفت بها ذكرنا، فإن فاتت ففيها القيمة يوم قبضها، ولا يضرب له عليها ربحاً، قيل: فإن كانت القيمة أكثر مما باعها به، قال: فليس له إلا ذلك معجلاً[2].

قال يحيى: قول السائل أكثر خطأ، وإنما هو أقل، وإنما له الأقلُّ، وقاله ابن المواز[3].

قيل: أرأيت إن قال المبتاع: أنا أقبلها بالثمن إلى الأجل، ولا أردّها قال: لا خير في هذا[4].

قال في كتاب ابن المواز: فليس ذلك له.

قال سحنون: تقوم العشرة بالنقد فإن كانت قيمتها[5] ثمانية كان ذلك رأس المال الصحيح ثم يصير كمسألة الكذب سواء[6].

ومن كتاب الصلح: وإن أخذت بدين لك على رجل عبداً أو جحدكه[7] فصالحك[8] منه على عبد؛ فلا تبعه مرابحةً حتى تبين، فإن بعت ولم تبين رد إلا أن يفوت فتجب لك القيمة[9].

الفوات؛ إذ قد ذكره في القيام.اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1686، 1687.

(1) انظر: المدونة: 7/187.

(2) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 6/348.

(3) انظر: التنبيهات المستنبطة، لعياض، ص: 1671.

(4) انظر: المدونة: 7/187.

(5) في (ف2): (قيمته).

(6) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 6/348.

(7) في (ف2): (جحدك).

(8) في (ف2): (فصالحت).

(9) انظر: المدونة: 7/429.

جامع في بيع الغرر[1]
وغير ذلك من معاني البيوع

قال مالك: نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر.

فمن ذلك أن يشتري الرجل من الرجل راحلة أو دابة قد ضلت أو عبداً قد أبق فذلك خطر[2]، إذ[3] قد لا يجده، وإن وجده لم يدر كيف يجده عليه في نماء أو نقص[4].

قال سحنون: إنما يشترى بعد أن يكون في وثاق[5].

قال سحنون: ولو صيره الإمام في السجن لم يجز بيعه؛ لأن فيه خصومة حتى يقضي به لصاحبه[6].

قال ابن القاسم في كتاب الآبق: ولو كان الآبق قد أخذه رجلٌ فصار عنده، جاز له

---

(1) عياض: قال الهروي: وسمي بذلك من الغرور، وهو ما له ظاهر محبوب وباطن مكروه، ومنه قيل للدنيا: متاع الغرور. قال القاضي: وقوله وقد يكون من الغرارة، وهي الخديعة، ومنه: الغر للرجل الخداع، والغر - أيضاً -: المخدوع، ومنه: المؤمن غر كريم. اهـ.
انظر: التبيهات المستنبطة، ص: 1725.

(2) عياض: والخطر - بفتح الخاء - بمعنى الغرر، وأصله من المخاطرة، وهي المغامرة، والخطر، اسم لما يجعل لمن غلب، فسمي بيع الغرر خطراً ومخاطرة لذلك، تشبيهاً به؛ إذ لا يدري حقيقة ما اشترى أو باع ولا صفته ولا مقداره، كالمقامرة.
قال الأزهري في بيع الغرر: هو ما كان على غير عهدة ولا ثقة، وتدخل فيه البيوع التي لا يحاط بمعرفتها ونهى النبي ﷺ عن بيع الغرر، وهو على ما تقدم، وفسرناه في البيوع الفاسدة يكون في عين العقد؛ كبيع العربان، وفي عين المبيع: كالطير في الهواء، وما في الصندوق، وتراب الصواغين، والغائب البعيد الغيبة من الحيوان والأجنة، أو للجهل بصفته: كالغائب بغير صفة أو الثوب المطوي، أو بمآل صفته وحاله: كالثمرة التي لم يبدُ صلاحها، والمعين يقبض إلى أجل، والمهارة خلف أمهاتها، أو الجهل بمقداره، وعدده: كالجزاف مما يعد أو بما باع فلان، أو منتهى سوطي من الأرض، أو بأجله: كالبيع إلى موت فلان، وقد تقدم تفصيل هذا قبل. اهـ.
انظر: التبيهات المستنبطة، ص: 1725، 1726.

(3) قوله: (إذ) ساقط من (ق).

(4) انظر: المدونة: 7/151.

(5) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 6/152.

(6) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 6/153.

شراؤه من سيده على صفته يومئذ ، ولا بد أن يعلم البائع صفته يومئذ، ولا يتناقدا[1] الثمن إن كان الآبق بعيد الغيبة[2].

ولا بأس بشراء عمود[3] عليه بناء للبائع، أو نصل سيف وجفنه دون حليته وينقض البائع حليته إن شاء ذلك أحد المتبايعين.

قال ابن القاسم في غير المدونة: وقلع العمود على البائع.

ولا بأس بشراء طريق في دار رجل، أو موضع جذوع من جداره؛ ليحمل[4] المبتاع عليه جذوعه إذا وصف الجذوع[5].

قال في كتاب القسم: وإن اشترى من رجل ممره في دار، من غير أن يشتري من رقبة البنيان شيئاً، فذلك جائز[6].

ولا يجوز لك[7] أن يشتري منه من هوائه عشرة أذرع فوق عشرة أذرع من الهواء

---

(1) في (ق): (يتناقد).

(2) انظر: المدونة: 426/10.

(3) عياض: معناه عند شيوخنا أن قلعه مأمون، ولو كان يخشى إن قلع كسره لم يجز؛ لأنه غرر، وكذلك قالوا: إنما هذا إذا كان يمكن تدعيم البناء وتعليقه، ولو كان هذا البناء الذي عليه لا يمكن نزع العمود إلا بهدمه لكان من الفساد في الأرض، الذي لا يجوز، وفي كتاب القاضي إسماعيل عن مالك: أن له ذلك ولو كان عليه قصور لهدمها إن لم يستطيعوا إخراجه إلا بهدمها، ولعل هذا فيما تعطل وخرب منها أو هو محتاج إلى التجديد أو يقال: إن ثمن هذا العمود ونفعه أكثر من غلة ما بني عليه أو قيمته أو أنه يرد بناؤه ببعض ثمنه، وإلا فلو علم بمن يفعله لغير هذا لضرب على يديه، وحجر عليه، وقوله: (أو تنقض العمود إن أحببت)، ظاهره: أن نقضه على المشتري وقال بعد هذا في مسألة بائع نصل السيف المحلى وجفنه: وينقض صاحب الحلية حليته فجاء من هذا يدل أن النقض على البائع، فحمل بعضهم أن هذه المسألة تفسير للأولى، وأن معنى الأولى أن يزيل البائع ما عليه بالتدعيم أو الهدم؛ إذ عليه تخليصه للمشتري، ويتولى المشتري بعد ذلك قلعه ورفعه. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1747، 1748.

(4) في (ق): (وليحمل).

(5) انظر: المدونة: 170/7.

(6) انظر: المدونة:. 7/10، 8.

(7) قوله: (لك) زيادة من (ق).

تبقى للبائع، إلا أن يشترط عليه أن يبني هو قدر عشرة أذرع، ويذكر صفة بنائه لتصل أنت إلى أن تبني عليها في الهواء الذي ابتعت.

ولا بأس أن تبيع عشرة أذرع أو أكثر من فوق سقف لك لا بناء عليه، إذا بين لك المبتاع ما يبني على جدارك.

ومن قال: أبيعك سكنى داري سنة؛ فذلك غلط في اللفظ، وهو كراء صحيح.

ومن أسكنته داراً فلا بأس أن تشتري أنت تلك السكنى منه بسكنى دار لك أخرى، أو خدمة عبد أخدمته بخدمة عبد آخر.

ولا بأس أن تشتري منحتَك بذهب أو فضة أو بعرض نقداً أو إلى أجل، أو بطعام نقداً أو إلى أجل[1]، وقاله مالك.

لا بأس بشراء شاة لبون بطعام إلى أجل[2]، وجرى من هذا في كتاب العرايا[3]، وفي الوصايا وغيرهما.

ولا بأس بشراء السلعة بثمن إلى أجل بعبد عشر سنين أو عشرين سنة.

وأجاز مالك إجارة العبد عشر سنين[4].

ومن ابتاع جارية بمائة دينار، فقام فيها بعيب فأنكره البائع فتطوع أجنبي بأخذها بخمسين على أن يتحمل[5] البائع نصف الخمسين الباقية والمبتاع نصفها فرضيا بذلك، فذلك جائز ولازم للبائع[6]، كمن قال لرجل: ابتع عبد فلان، وأنا أعينك فيه بألف

---

(1) قوله: (إلى أجل) يقابله في (ق): (مؤخرا).

(2) انظر: المدونة: 7/172.

(3) انظر: المدونة: 7/246، 247.

(4) انظر: المدونة: 10/213.

(5) في (ق): (تحمل).

(6) عياض: قال القاضي: وعندي أن ما في الأم صواب، كأنه قال: أنا أشتريها من المبتاع شريطة ما تحط أنت، فكان شراؤه وأخذه لها منهما جميعاً لارتباط الأمر والعقد برضاهما جميعا، وإن كانت العهدة على المشتري، ألا تراه كيف قال: فرضيا بذلك، كذا في رواية القاضي أبي عبد الله محمد.

وفي أصل كتابي: ورضي بذلك. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1750.

درهم فاشتراه؛ إن ذلك الوعد لازم.

ومن تعدى في متاع عنده وديعةً، فباعه ثم مات ربُّه، فكان المتعدي وارثه؛ فللمتعدي نقض ذلك البيع، إذا ثبت التعدي، وهو بيع غير جائز(1).

وروى عنه أصبغ: في غاصب باع ما غصب ثم ورثه أن بيعه تام.

وقال أصبغ: بل يفسخ(2).

قال أبو محمد(3): وقد كتبت في أبواب السلم مسائل من كتاب بيع الغرر منها: من وجد في الثمن رداءة، أو باع بعين أو عرض على أن يقبضه ببلد آخر، وضرب أجلاً أو لم يضرب، وفيمن أوقف سلعةً للبيع فسامَ بها ثم نكل، وفيمن باع سمناً فوزنه بظروفه.

وكتبت في باب الاستثناء من الصفقة: مسألة استثناء مال العبد، وفيمن باع عبداً أو داراً واستثنى خدمة أو سكنى.

جامع بيع السلعة الغائبة وبيع البرنامج(4) والملامسة والمنابذة والقضاء والدعوى في ذلك كله(5)

نهى الرسول ﷺ عن الملامسة والمنابذة وفي سياق الحديث وذلك بيع السلعة لا ينظرون إليها. ولا يخبرون عنها.

---

(1) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 386/10.

(2) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 204/11.

(3) قوله: (قال أبو محمد) زيادة من (ق).

(4) عياض: وبيع البرنامج بفتح الباء وسكون الراء وفتح الميم كلمة فارسية، وهي زمام تسمية متاع التجار وسلعهم، وقيل: بكسر الميم والأول أشهر. انظر: مشارق الأنوار على صحاح الآثار: 85/1.

وقال في التنبيهات: والبرنامج: أصله الزمام، بفتح الباء، وكسر الميم كلمة فارسية، والمراد بها الصفة المكتتبة لما في العدل). اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1736.

قال ابن برى المقدسي: 22: (ويقولون: بيع البرنامِج. والصواب: البرنامَج، بفتح الميم، وهو ألواح مجموعة يكتب فيها الحساب)، وانظر المسألة في: غلط الضعفاء من الفقهاء، لابن بري، ص: 22.

(5) قوله: (كله) زيادة من (ق).

قال مالك: والملامسة: شراؤك الثوب[1] لا تنشره ولا تعلم ما فيه، أو يكونا بليل[2] فلا يتأمله[3].

والمنابذة[4]: أن تبيعه ثوبك وتنبذه إليه بثوبه، وينبذه إليك من غير تأمل منكما أو ثوباً مدرجاً[5] لا ينشر[6] من جرابه[7].

قال مالك: من[8] ابتاع ثياباً مطوية لم تنشر ولا وصفت؛ فهو بيع فاسد[9].

قال: وأما بيع الشيء الغائب على صفة، أو بيع الأعدال الحاضرة على صفة البرنامج، فخارج من هذا، مع ما في سياق الحديث من دليل إجازته[10].

قال مالك: ولم يزل[11] الناس يجيزون بيع البرنامج[12].

ومما تنبغي صفته في البرنامج عدة الثياب وأصنافها وذرعها وصفاتها، ويجوز للمبتاع قبض الحمل من غير أن يفتحه، فإن ألفاه على الصفة لزمه، ولا رد له إن[13]

---

(1) في (ق): (لثوب).

(2) في (ق): (في ليل).

(3) قوله: (فلايتأمله) يقابله في (ف2): (فلم يتأملاه)، وانظر المسألة في: المدونة: 7/150.

(4) عياض: والمنابذة: أن ينبذ كل واحد إلى الآخر ثوبه على غير تأمل، ويقول كل واحد: ذا بذا. وقيل: المنابذة: أن يتبايعا بالليل فيعطيه هذا ما عنده وهذا ما عنده... دون روية.اهـ.
انظر: التبيهات المستنبطة، ص: 1726 و1727.

(5) عياض: والساج المدرج هو الطيلسان المطوي. اهـ.
انظر: التبيهات المستنبطة، ص: 1727.

(6) في (ف2): (ينتشر).

(7) انظر: المدونة: 7/150.
عياض: والجراب - بكسر الجيم - وعاء يكون من جلد. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1727.

(8) في (ق): (ومن).

(9) انظر: المدونة: 7/150.

(10) انظر: المدونة: 7/161.

(11) في (ق): (وما زال).

(12) انظر: المدونة: 7/161.

(13) قوله: (إن) ساقط من (ق).

كرهه أو استغلاه[1]، ولكنه[2] إن وجده بخلاف الصفة، فإن لم يغب عليه أو غاب عليه مع بينة لم تفارقه، أو تقاررا فله الرضا أو رده ، وإن لم يعلم ما ادعى إلا بقوله وأنكر البائع أن يكون المبتاع وجده مخالفاً للجنس المشترط، أو قال: بعتكه على البرنامج، فالقول قول البائع، لأن المبتاع صدقه إذ قبض على صفته.

وكذلك من قبض طعاماً على تصديق الكيل، ثم ادعى نقصاً أو اقتضى ديناً، فأخذ صرة وصدق[3] الدافع أن فيها كذا ثم وجدها تنقص، فالقول قول الدافع.

قال: وكذلك من صرف دنانير بدراهم، فرد منها رديئاً، فأنكره[4] الذي صرف منه، فليس عليه إلا اليمين أنه أعطاه جياداً في علمه[5].

وقال ابن كنانة: في الصراف خاصة يحلف على البت[6].

قال سحنون: ولا يجوز التصديق في الصرف أن يقول له: إنه دينار وازن فيأخذه مصدقاً له، وقاله مالك[7].

وما أصاب في بيع البرنامج من زيادة عدد، فليس له رد البيع، ولكن يكون البائع شريكاً بالزيادة إن زاد ثوباً على خمسين فبجزء من واحد وخمسين جزءاً[8].

---

(1) في (ف2): (واستثقله).

(2) في (ق): (ولكن).

(3) في (ق): (صدق).

(4) في (ف2): (فأنكر).

(5) انظر: المدونة: 7/158.

عياض: قوله: (في يمين الذي دفع الدراهم: إنه لم يعطه إلا جياداً في علمه) تمام يمينه في الوكالات: وما يعلم أنها من دراهمه؛ لأنه قد يلغى أو لا ويعلم أنها من دراهمه، ولكنه لم يعطه إياها إلا وهو يظن أنها جياداً، أو ظن أنه أعطاه من غير تلك الدراهم، فإذا زاد في اليمين وما يعلم أنها من دراهمه صحت يمينه، ولو اكتفى بهذا في يمينه لأجزأه عندي. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1737.

(6) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 6/425.

(7) قوله: (وقاله) ساقط من (ق)، وانظر المسألة في: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 5/373.

(8) عياض: وقوله: (في الذي وجد إحدى وخمسين ثوبا في عدل برنامج)، واختلاف الرواية فيه أنه يعطي جزءاً من اثنين وخمسين جزءاً من الثياب، كذا في أصل المدونة، وكذا هو عندنا في الأصلين =

ويروى من اثنين وخمسين جزءاً.

قال يحيى: والصواب من ذلك بجزء من واحد[1] وخمسين.

قال أبو بكر يحتمل أن يكون أدخل اللفافة في العدد في الرواية التي فيها اثنين وخمسين[2].

وأول قول مالك: أنه يرد منها ثوباً، كعيب وجده[3]، ولا يعجبني، وإن وجد

=

من رواية ابن باز، وكذا هو في رواية يحيى بن عمر، وأحمد بن داود، وكذلك وقعت في سماع عيسى، وأصبغ عن ابن القاسم؛ قال: يقسم الثمن على اثنين وخمسين جزءاً فيرد منه جزءاً قال: وكذلك قال لي مالك: يزيد أبداً ثوباً في الزيادة والنقصان. قال عيسى وأصبغ: بل يقسم الثمن على أحد وخمسين ولا يزاد كما قال ابن القاسم، وقد صحت المسألة في المدونة على هذا، وكتبت أحد وخمسين على الصواب، وكذلك كان في كتاب أحمد بن خالد، قالوا كلهم: وغير هذا خطأ ووهم ممن رواه عن ابن القاسم أو مالك، وقد روى مُطرِّف وعبد الملك المسألة عن مالك، وفيها جزء من أحد وخمسين، ووهمه أجلى من أن يفسر، حتى إن أبا بكر بن اللباد أراد أن يتحيل لهذا الوهم ويخرجه بإلحاق اللفافة في العدد ليتم العدة وهذا مما لا يستقيم؛ لأن اللفافة أبداً ليست من جنس الثياب فتحسب في عددها، وإنما هي منطرحة وملغاة في بيع البرنامج، كحبال شده وطيه، وكما لو كانت الثياب مختلفة لم يلتفت لعددها، وإنما ينظر إلى قيمة كل ثوب منها. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1737، 1738.

(1) في (ق): (أحد).

(2) قوله: (قال أبو بكر ويحتمل أن... وخمسين) زيادة من (ق).

(3) عياض: وقوله بعد ذلك: (يرد ثوباً كأنه عيب وجده في ثوب) إلى آخر المسألة، وقال غيره: إنما يرد جزءاً من أحد وخمسين جزءاً، سقط من أكثر الروايات، ولم يكن عند ابن عتاب، وصح في كتاب ابن المرابط لابن وضاح، وسقط لغيره، واختلف في هذا هل هو وفاق، أم خلاف؟ فذهب أكثرهم إلى أن... ذلك قولان.

واحتجوا بقول ابن القاسم: (فلم أره فيما قال لي أخيراً: إنه يجعله... معه شريكاً، وقوله الأول أعجب إلي)، والقولان أحدهما: أنه شريك في الأحد والخمسين ثوباً ؛ البائع بجزء والمبتاع بخمسين.

والقول الثاني: أنه يرد ثوباً، ثم اختلفوا في صفة... الشركة والرد. فقيل: يكون شريكاً معه بجزء من أحد وخمسين جزءاً فإذا بيعت الثياب أخذ جزءاً من الثمن، وإلى هذا ذهب ابن لبابة، وقيل: بل تباع الثياب الآن ويقتسمان الثمن على أحد وخمسين، وهذا ظاهر قول عيسى وأصبغ، خلاف ما تأول عليها بعضهم مما هو خطأ من التأويل، وهو معنى قولهما: يقسم الثمن على أحد وخمسين ؛ أي:

=

نقصاً كثيراً من العدد، فقد وجب رد ما بقي، وفي النقص اليسير يلزمه الباقي بحصته من الثمن، مثل أن تنقص الخمسين ثوباً ثوبين فيرجع بخمس خمس الثمن.

قال أبو محمد[1]: وقد نقلت بعض هذا المعنى إلى كتاب التدليس.

ولو كانت مائة ثوب أجناساً[2]، عشرة أثواب من الخز ومن الهرويَ كذا ومن غيره كذا[3]، وجميع الصفقة مائة[4] دينار، على أن كل ثوب بعشرة، فأصاب ثياب الخز

=

الثمن الذي تباع به الثياب، وقيل: يقرع على الثياب على أحد وخمسين، فما خرج للبائع في جزئه من ثوب أو ثوبين أخذه، وإن خرج جزؤه على أقل من ثوب أو أكثر من ثوب جعل في آخر، وشاركه في ذلك المبتاع، وإلى هذا ذهب أبو عِمرَان، وقيل: إن وقع في بعض ثوب كان لمن وقع له الأقل أن يلزمه صاحب الأكثر من بائع أو مشتر ويأخذ منه ثمن بقيته، وإلى هذا ذهب ابن محرز كأنه مستحق عليه أكثر ما اشترى.ثم اختلفوا في تفسير القول الآخر في رد ثوب منها؛ فذهب بعضهم إلى أنه على صورة الحال الأول من القرعة المتقدمة، وعلى هذا يجب ألا يكون خلافاً.

وقال ابن لبابة: يأخذ ما خرج منها إلى يده فيرده بغير اختيار إذا كانت الثياب على الصفة، وتأوله أبو عِمرَان أن المشتري يرد أي ثوب منها شاء، كأن البائع باعه أحداً وخمسين على أن يختار منها خمسين فله أن يرد أدناها، ألا تراه كيف قال: لأنه عيب وجده، وقيل: بل يقول ما في يدي على الصفة التي اشتريت ليس فيه زائد يطلبني به البائع، وقيل: بل يرد ثوباً موافقاً للصفة التي اشترى لا أقل ولا أكثر، وذهب آخرون إلى أن القولين بمعنى واحد، وأن قوله: يرد ثوباً، أي: على ما تخرجه القرعة في الجزء من أحد وخمسين جزءاً، كما قال: يعطى جزءاً من أحد وخمسين جزءاً، وذلك أنه يقرع على الثياب بذلك العدد، فإن خرج ذلك الجزء على ثوب أو أكثر منه أخذه، وتأولوا: وقوله الأول أعجب إليّ أي: أقْيَس وأبْيَن، وحكي نحوه عن أبي عمران، وهذا كله مع أنها جنس واحد.

ولو كانت الثياب مستوية بصفة واحدة لرد واحداً، وهذا أولى، كما أنه لو كانت مختلفة لأخذ صفة برنامجه من الصفات من كل نوع، فحيث وجد الزائد من خلاف الصفة رده، وإن كان على صفة بعضها بخلاف بعض كان العمل فيه على ما هو من صفته، كما إذا كانت صفة واحدة على القول بالرد أو على القول بالشركة بعد معرفة قيمته نوعه من سائر الثياب. اهـ.

انظر: التبيهات المستنبطة، ص: 1738، ومابعدها.

(1) قوله: (قال أبو محمد) زيادة من (ق).

(2) في (ق): (أجناس).

(3) قوله: (كذا) زيادة من (ق).

(4) في (ق): (بمائة).

العشرة تنقص ثوباً، فإنه ينظر ما ينوب نصيب[1] الخز من بقية الصفقة بالقيمة يوم التبايع، فإن كانت قيمته الربع، وضع عنه عشر ربع الثمن كله، قلَّ الثمن أو كثر.

قال غيره في المدونة[2]: والبيوع على وجهين[3] مضمون في ذمة أو شيء معين، فالمعين إما حاضر يرى أو غائب يوصف[4].

قال ابن القاسم: فما كان حاضراً من السلع أو قريب الغيبة مثل يوم أو يومين فبيع[5].

يريد على صفة وليس فيه خيار، ولا مما فيه مواضعة فالنقد فيه جائز، كان عرضاً أو طعاماً أو غيره.

ولا يجوز النقد في البعيد الغيبة في عرض أو رقيق أو حيوان؛ لغلبة الغرر فيه من تغير أو هلاك فيصير تارة سلفاً وتارة ثمناً.

ولو طاع بالنقد بعد صحة العقد جاز، وكذلك النقد فيما بيع على الخيار[6] أو مواضعة استبراء[7].

---

(1) قوله: (نصيب) زيادة من (ق).

(2) قوله: (في المدونة) ساقط من (ق).

(3) عياض: وقوله: (قال بعض كبار أصحاب مالك وجلهم: لا ينعقد بيع إلا على أحد أمرين: إما على صفة توصف، أو على رؤية عرفها). ظاهر هذا الذي قال يجمع البيع المعين والمضمون، وكان الشيخ أبو محمد أراد هذا في اختصاره بقوله: وقال غيره: البيوع على وجهين: مضمون في ذمة أو معين والمعين إما حاضر مرئي أو غائب يوصف، وعليه حمل القاضي ابن سهل مراد أبي محمد. اهـ.
انظر: التبيهات المستنبطة، ص: 1728.

(4) انظر: المدونة: 154/7.

(5) انظر: البيان والتحصيل: 55/8.

(6) في (ق): (خيار).

(7) عياض: وأما النقد في بيع الخيار بغير شرط فأجازوه إلا في السلم على الخيار، وبيع ما فيه المواضعة على الخيار والكراء المضمون على الخيار؛ لأنه يصير - إذا اختير - من باب فسخ الدين في الدين؛ لأنه صار ما يقبضه بالطوع دينا عليه. اهـ.
انظر: التبيهات المستنبطة، ص: 1731 و1732.

وفي الموطأ: لا يجوز النقد في حيوان قريب[1] الغيبة أم بعيد[2].

قال ابن المواز: قال ابن القاسم عن مالك: لا ينقد في الحيوان الغائب إلا مثل ما كان على بريد أو بريدين، وأجازه أشهب على اليوم واليومين في الحيوان والطعام وغيره[3].

وقال ابن وهب عن مالك: إنه كره النقد في الطعام الغائب إلا أن يقرب جداً كالبريدين[4].

قال ابن القاسم: وأما الدور والأرض والعقار فالنقد فيها جائز، قربت الغيبة أم بعدت، كان الثمن عرضاً أو عيناً، لغلبة الأمن في تغييرها، ولا تباع إلا على صفة أو رؤية متقدمة، ثم ضمانها من المبتاع بعد الصفقة ، فكل ما بيع من شيء غائب، فلا يجوز إلا على صفة أو رؤية تقدمت من المبتاع منذ وقت لا يتغير في مثله، أو على أنه بالخيار إذا رآها، وفي باب الإقالة طرف من هذا[5].

قال محمد: قال[6] ابن القاسم: إنما يباع الربع الغائب على صفة المخبر أو الرسول: يريد فيجوز النقد فيه حينئذ[7].

قال: وأما على صفة البائع فلا، إلا أن يكون المبتاع بالخيار إذا رأى الدار فلا يجوز حينئذ فيها النقد[8].

قال[9] ابن القاسم: وإن ابتاع داراً غائبة قد رآها وعرفها جاز، وإن لم توصف في

---

(1) قوله: (حيوان قريب) يقابله في (ق): (الحيوان قربت).

(2) في (ق): (بعدت)، وانظر المسألة في: الموطأ: 2/ 654.

(3) انظر: منتخب الاحكام: 2/ 799.

(4) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 6/ 367.

(5) انظر: المدونة: 7/ 163.

(6) قوله: (قال) زيادة من (ق).

(7) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 6/ 366.

(8) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 6/ 366.

(9) قوله: (قال) ساقط من (ق).

الوثيقة إذا تقارر[1] المتبايعان معرفتها[2]، وكل ما وجده على ما وصف له أو على ما كان يعرف منه، لزمه ولا خيار له[3].

ومن رأى سلعة منذ شهر أو شهرين، فإن كان مثلها لا يتغير في هذه المدة، جاز شراؤها على رؤيته تلك.

وإن ابتاع سلعة غائبة على رؤية تقدمت منذ وقت لا يتغير مثلها فيه، فلما رآها قال: قد تغيرت فهو مدع، والقول قول البائع.

وقد قال مالك: في الذي ابتاع أمة كان رأى بها ورماً[4]، فلما قبضها ادعى أن الورم قد زاد إن المبتاع مدع ويحلف البائع[5].

وقال أشهب في السلعة الغائبة: إن المدعي هو البائع[6]؛ لأنْ يلزم المبتاع ما هو له دافع[7].

قال ابن القاسم: وإذا رأى دابة منذ مدة تتغير في مثلها، لم يبتاعها[8] إلا بصفة مؤتنفة، أو على أنه بالخيار إذا رآها، وكذلك إن ابتاع عبداً غائباً على رؤية منذ سنين يتغير فيها، فالبيع فاسد إلا على صفة مبتدأة، أو خيار النظر، والحيوان يتغير في أسنانه

(1) في (ق): (تقار).

(2) في (ق): (بمعرفتها).

(3) انظر: المدونة: 102/10.

(4) عياض: وقوله: (في الجارية التي بها ورم فبعث الرجل إلى الجارية فأتاه بها ولم تكن حاضرة فقال المشتري: ليست على حال ما كنت رأيتها). فقال فضل: في هذا دليل على أن على البائع أن يأتي به، وأنه جائز أن يشترط ذلك المبتاع على البائع، خلاف ما روى أصبغ في سماعه عن ابن القاسم أن ذلك لا يجوز اشتراطه، وإنما يخرج المشتري لأخذها، وصوَّبَ هذا أبو عِمرَان، وأنكره غيره. وتأول بعضهم قوله في الكتاب: إن البائع تطوع، وقال: إن شرط على البائع الإتيان به وهو ضامن له حتى يقبضه فهو بيع فاسد، وإن كان على أن ضمانه من لمشتري في مجيئه فهو بيع جائز مع إجارة. اهـ.
انظر: التبيهات المستنبطة، ص: 1735، 1736.

(5) انظر: المدونة: 149/7.

(6) قوله: (المدعي هو البائع) يقابله في (ق): (البائع مدعي).

(7) انظر: المدونة: 169/7.

(8) في (ف2): (يبعها).

من انتقال حولي[1] رباع[2] وقارح ونحو ذلك[3].

وكذلك طول الزمان في الثياب، إلا أن يشتريها على أنها الآن بصفة ما كان رآها فيجوز، ولا ينقد فيها.

وإن ابتاع سلعة غائبة على رؤيته إياها منذ شهر وهي لا تتغير في مثله؛ فذلك جائز.

ولا يجوز النقد في شراء الغائب كان الثمن عيناً أو كان[4] طعاماً أو حيواناً أو سكنى دار يشرع فيها، لأنه ينتفع بالنقد ثم يرده أو مثله وينتفع بالعرض أيضاً، وإن لم يدفع الدار للسكنى حتى يقبض ما ابتاع سكناها؛ فذلك جائز، وإن لم يشترط النقد في عقدة بيع الشيء الغائب؛ جاز أن يتطوع[5] به المبتاع بعد الصفقة.

ولا بأس بشراء[6] سلعة غائبة بأخرى غائبة بصفة، فإن ضربا لقبضهما أو لقبض إحداهما[7] أجلاً؛ لم يجز، إذ لا يباع شيء بعينه إلى أجل إلا مثل يوم أو يومين، وإن قال: إن لم آتك بها إلى يومين فلا بيع بيننا كرهته، فإن نزل أمضيته وأبطل[8] الشرط، ولا يؤخذ كفيل بسلعة غائبة بيعت قربت أم بعدت.

ولا بأس ببيع سلعة غائبة لا يجوز النقد فيها بسلعة مضمونة إلى أجل أو بدنانير إلى أجل.

قال في كتاب كراء الدور: أجل أبعد من مسافة موضع السلعة لا يحل قبل

---

(1) في (ف2): (حول).

(2) عياض: والرباع - بفتح الراء -: من الإبل الذي ألقى رباعيته وذلك في العام السابع، وأما الربع - بضم الراء وفتح الباء -: فالحوار الذي يولد في الربيع. اهـ.
انظر: التبيهات المستنبطة، ص: 1728.

(3) انظر: المدونة: 7/154.

(4) قوله: (كان) ساقط من (ق).

(5) في (ف2): (إن تطوع).

(6) في (ف2): (شراء).

(7) في (ق): (أحدهما).

(8) في (ق): (وبطل).

قدومها[1].

يريد: فيصير كالنقد في شراء الغائب.

وكذلك حوائط التمر الغائبة يباع ثمرها كيلاً وجزافاً بدين مؤجل ذهب أو عرض وهي على مسيرة[2] الخمسة أيام[3] والستة ولا يجوز فيها النقد.

قال: فإن بعدت جداً كإفريقية من مصر؛ لم يجز شراء ثمرها خاصة بحال؛ لأنها تجد قبل الوصول إليها، إلا أن تكون تمراً يابساً[4].

وأما بيع رقابها فكبيع الرباع البعيدة يجوز بيعها والنقد فيها.

وإن مر بزرع فرآه ثم قدم فابتاعه وهو على مسير اليومين وشرط أنه منه إن أدركته الصفقة فذلك جائز، وهو كالعرض[5] في النقد فيه والشرط.

ومن غير المدونة: وأما الصبرة على الجزاف فلا يجوز[6].

وإن اشتريت منه داراً بثوب في بيتك وصفته، ثم اشتريت منه وهو بيدك بعين أو بثوبين[7] من صنفه أو بسكنى[8] دار، فجائز إن علم أنه عندك وقت الصفقة الثانية.

قال مالك: وإن ابتعت سلعةً غائبةً مما لا يجوز النقد فيها، فلا يجوز أن تتقايلا فيها ولا أن تبيعها من بائعها منك بمثل الثمن أو بأقل أو بأكثر، لأنها إن كانت سالمة في البيع الأول فقد وجب له في ذمتك ثمن بعت به منه سلعة لك غائبة، فهذا من ناحية الدين بالدين[9].

---

(1) انظر: المدونة: 260/8.

(2) في (ف2): (مسير).

(3) في (ق): (الأيام).

(4) انظر: المدونة: 168/7.

(5) في (ق): (كالعروض).

(6) قوله: (ومن غير.....يجوز) ساقط من (ق)، وانظر المسألة في: النوادر والزيادات: 19/6.

(7) في (ف2): (ثوبين).

(8) في (ف2): (سكنى).

(9) انظر: المدونة:. 165/7.

قال سحنون: وهذا على قول مالك الأول، إن ما أدركته الصفقة فهو من[1] المبتاع[2].

قال ابن القاسم: ولا بأس[3] أن تبيعها من غير البائع بمثل الثمن أو بأقل أو بأكثر، ولا تنتقد[4] شيئاً من الثمن[5].

ولا بأس أن تقيل من أمة بعتها وهي[6] في المواضعة لم تحض بعد، ولا استبراء عليك فيها، فإن أربحته أو[7] زادك[8] هو شيئاً على أن تتقايلا، فإن لم تتناقدا الزيادة حتى تحيض، جاز ذلك، وإلا لم يجز.

ويجوز للمبتاع بيعها من غير البائع بمثل الثمن، أو أقلَّ أو أكثر ما لم ينتقده.

في ضمان ما هلك بعد الصفقة من حاضر أو غائب وتغيره وما يحدث فيه أحد المتبايعين من كتاب البرنامج وكتاب العيوب

قال ابن القاسم: وما اشتري من السلع الحاضرة بعينه من حيوان أو غيره مما لا يغاب عليه مما بيع على غير خيار ولا مواضعة، فضمانه من المبتاع نقد الثمن، أو لم ينقد تركها عند البائع أو احتجبها البائع بالثمن، وللبائع حبسها للثمن، ثم هي كالرهن[9].

---

(1) قوله: (فهو من) يقابله في (ق): (فمن).

(2) انظر: المدونة: 7/165.

(3) قوله: (بأس) ساقط من (ق)، والمثبت موافق لما في المدونة.

(4) في (ق): (تنقد).

(5) انظر: المدونة: 7/165.

(6) قوله: (وهي) ساقط من (ف2).

(7) في (ق): (و)، والمثبت موافق لما في تهذيب البراذعي: 3/232.

(8) في (ف2): (زاد).

(9) انظر: المدونة: 7/128، 129.

وقال ابن المسيب: هي من البائع وإن كانت[1] حيواناً.

وقال سليمان بن يسار: هي من المبتاع.

وقال مالك بقوليهما[2]، وأنا أرى أنها من المبتاع إن لم تكن مما يغاب عليها أو كانت مما يغاب عليها فقامت بهلاكها بينة وعتقه فيها جائز.

فإن لم يكن له مال رد العتق ويبعث بالثمن[3] إلا أن ييسر قبل البيع ولو بيعت بالقضاء ثم رجعت إليه بشراء أو غيره؛ فلا شيء عليه.

قال[4] محمد: والجزاف مثل ما لا يغاب عليه فهو من المبتاع.

وأما الثياب فإن لم يقم بهلاكها[5] بينة؛ فعليه الأكثر من قيمتها أو من[6] الثمن.

وقال في كتاب السلم: فإن[7] أسلمت ثوباً في حيوان فلم تسلمه إلى مبتاعه حتى هلك بيدك، فإن لم يقم بينة بهلاكه؛ فهو منك وينتقض السلم، وإن قامت بينة بذلك فهو من مبتاعه والسلم بحاله.

قال ابن المواز: قال أشهب إن لم ينقد فهو من البائع، إلا أن يدعو المبتاع إلى أخذه فيتركه.

قال ابن القاسم: ومن ابتاع عبداً وبه عيب لم يعلم به فكل ما حدث به بيد البائع بعد الصفقة من هلاكٍ[8] أو عيبٍ؛ فمن المبتاع حتى يقضي له برده أو يبرئه البائع من ذلك ويجوز له عتقه إذ له الرضا بالعيب ولا يجوز فيه عتق بائعه[9].

ولو كان البيع فاسداً جاز عتق بائعه فيه إلا أن يعتق المبتاع قبله؛ فيجوز ذلك

---

(1) قوله: (وإن كانت) ساقط من (ق).

(2) انظر: المدونة: 7/314.

(3) في (ق): (في الثمن).

(4) قوله: (قال) زيادة من (ق).

(5) في (ق): (بهلاكه).

(6) قوله: (من) زيادة من (ق).

(7) في (ق): (وإن).

(8) في (ف2): (الهلاك).

(9) انظر: المدونة: 7/316.

ويصير ذلك قبضاً ويغرم[1] القيمة.

قال سحنون: لا يجوز عتق المبتاع فيه قبل قبضه[2].

وكل بيع فاسد؛ فضمان السلعة فيه من البائع حتى يقبضها المبتاع، وكذلك ما حدث بها من نماء أو نقص في سوق أو بدن[3] عند البائع، وإنما أجزنا فيه عتق المبتاع، وإن كان في ضمان البائع، كما لو ابتاع عبداً غائباً بيعاً صحيحاً ثم أعتقه؛ لجاز عتقه[4]، وإن كان في ضمان البائع.

قال: وإذا أحدث[5] فيها المشتري قبل قبضه لها حدثاً، من عتق أو تدبير أو كتابة أو صدقة، فذلك فوت[6] لها إن كان ملياً، وذلك خلاف ما حدث بها عند البائع من غير فعل المشتري[7].

وفي باب القضاء في البيوع وباب البيع الفاسد من هذا المعنى.

وما ابتعت من السلع الغائبة على صفة أو رؤية متقدمة، والغيبة قريبة أو بعيدة، فثبت أنها هلكت بعد الصفقة، وأنها كانت يوم الصفقة على ما وصف له، أو على ما كان رأى، فالذي أرى أنها من البائع، إلا أن يشترط في العقد أنها من المبتاع إن أدركتها الصفقة، وهو آخر قولي[8] مالك، وقد[9] كان يقول[10]: إنها من المبتاع، إلا أن يشترط

---

(1) في (ق): (ويضمن).

(2) انظر: النوادر والزيادات: 6/152.

(3) عياض: قال: والنماء في البدن للمبتاع كما يكون في العهدة والمواضعة.

وقال غيره: بل كل نماء فهو للبائع، وينتقض البيع من أجله إن شاء على ظاهر الكتاب. اهـ.

انظر: التبيهات المستنبطة، ص: 1733.

(4) في (ف2): (عنه).

(5) في (ق): (حدث).

(6) في (ق): (فوتا).

(7) انظر: المدونة: 7/329.

(8) في (ف2): (قول).

(9) قوله: (قد) ساقط من (ق).

(10) في (ف2): (قال).

أنها من البائع حتى يقبضها، والنقص والنماء كالهلاك في القولين[1].

وهذا في كل سلعة غائبة بعيدة الغيبة، أو قريبة من حيوان أو رقيق أو غيره، ما[2] خلا الدور والأرضين والعقار، فإنها من المبتاع من يوم العقدة في القولين، وإن بعدت.

ولا يجوز أن تأخذ بالحيوان الغائب كفيلاً، إذ لو هلك لم يكن على البائع مثله.

وما هلك من سلعة غائبة، فادعى البائع أنها هلكت بعد الصفقة، وقال المبتاع: بل قبل الصفقة، فعلى قول مالك الأول الذي قال فيه: ما أدركته[3] الصفقة فهو من المبتاع؛ فإن البائع مدع، فإن جاء ببينة وإلا فهي منه، ويحلف له المبتاع أنه ما علم أنها هلكت بعد الصفقة، إن ادعى علمه وإلا لم يحلف.

وإن قال المتبايعان: لا ندري قبل الصفقة[4] هلكت أو بعد، فهي من البائع.

وأما في قوله الآخر فهي من البائع على كل حال.

وإن ابتعت سلعة حاضرة وقبضتها بسلعة في بيتك وصفتها؛ جاز.

وإن قبضت لقرب غيبة[5] سلعتك، فإن هلكت سلعتك رددت التي قبضت، إلا أن تفوت التي قبضت عندك ببيع أو عتق؛ فعليك قيمتها يوم التبايع[6].

ولو كانت سلعتُك بموضع بعيد، وشرطت قبض التي قبضت؛ فسد البيع، وعليك في فوتها القيمة يوم القبض، ولو أعتقتها ولا مال لك؛ ردّ العتق.

ومن كتاب كراء الرواحل: ويجوز بيع الدابة واستثناء ركوبها يومين أو[7] ثلاثة وما قرب، وهلاكها في ذلك من المبتاع، وإن بعد الأجل؛ لم يجز، وهلاكها من البائع فيما

---

(1) انظر: المدونة: 7/155.

(2) قوله: (ما) ساقط من (ق).

(3) في (ف2): (أدركت).

(4) في (ف2): (البيع).

(5) عياض: بالغين المعجمة - من الشيء الغائب، ومنه الحديث: "نهى عن بيع الغيب"، أي: ما غاب عنك.اهـ.

انظر: التبيهات المستنبطة، ص: 1727.

(6) في (ق): (البيع).

(7) في (ق): (و).

لا يجوز استثناؤه[1].

وروى أبو زيد في المستخرجة عن ابن القاسم: فيمن باع دابة واستثنى ركوبها يوماً بعد ثلاثة أيام يركبها اليوم الرابع فقبضها المبتاع وبقي للبائع فيها ركوب يوم فنفقت في اليوم الثالث؛ فقال[2]: هي من البائع.

وكذلك لو نفقت في ركوب البائع كانت من البائع؛ لأنها في ضمان البائع، وما[3] بقي للبائع فيها شرط.

قال أبو زيد: وبه آخذ[4]، وهذا خلاف المدونة.

وفي كتاب ابن المواز: أن[5] ضمانها من المبتاع[6].

وضمان السلعة من البائع في بيع الخيار أو[7] المواضعة، حتى ينقضي، وفي الشيء الغائب على قول ابن القاسم حتى يقبض، وكذلك في البيع الفاسد.

وأما في البيع الصحيح، فالمبتاع ضامن للسلعة الحاضرة من يوم البيع، قبضها أم لا، فيما لا خيار فيه ولا مواضعة، إلا فيما فيه عهدة سنة أو ثلاثة أيام، فالبائع يضمن في الثلاث كل شيء، ويضمن في السنة الجنون والجذام والبرص، إذا كانت العهدة جارية في البلد[8].

---

(1) انظر: المدونة: 8/128، 129.

(2) في (ف2): (قال).

(3) في (ق): (ما).

(4) انظر: البيان والتحصيل: 8/78، النوادر والزيادات: 6/332.

(5) قوله: (أن) ساقط من (ق).

(6) انظر: النوادر والزيادات: 6/332.

(7) في (ق): (و).

(8) زاد في (ق): تم الكتاب والحمد لله على عونه وإحسانه وتوفيقه وتوفيقه في ذي القعدة من سنة سبع وأربعمائة وفرغ به حارث بن مروان بخط يده نفع الله به كاتبه ومن كتب له ورحم الله من قرأ ودعا لكاتبه بالرحمة ولجميع المسلمين وصلى الله على سيدنا محمد وآله الطيبين وسلم.
قوبل وصحح بحمد الله ونعمته.

القول في العرايا وبيعها وسقيها وزكاتها وحيازتها وذكر المنيحة وهل يجوز للرجل أو لورثته شراء ما أسكن أو منح أو أعطى

نهى الرسول ﷺ عن المزابنة(1)، وأرخص في بيع العرايا بخرصها(2) تمراً، ما دون خمسة أوسق أو خمسة، شكَّ من حدَّث مالكاً(3)(4).

وإنما يؤخذ تمراً عند الجداد.

مالك: والعرية(5) هبة الثمرة من نخل أو شجر، يهب للرجل ثمرة بعض حائطه،

---

(1) أخرجه مسلم: 1172/3، في باب النهي عن المحاقلة والمزابنة وعن المخابرة وبيع الثمرة قبل بدو صلاحها، من كتاب البيوع، برقم (1536).

(2) عياض: بكسر الخاء، أي: بالكيل والقدر الذي يخرص به، وبفتح الخاء اسم للفعل، كالذبح والذبح. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1756.

(3) أخرجه مالك، كتاب البيوع، باب ما جاء في بيع العرية: 620/2، برقم: (1285).
والحديث في الصحيحين أخرجه البخاري، كتاب المساقاة، باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو في نخل: 839/2، برقم: (2253)، ومسلم، في كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا: 1171/3، برقم: (1541).

(4) انظر: المدونة: 236/7.

(5) عياض: العرية - بتشديد الياء - في اللغة وعرف الفقه عندنا، وعند من وافقنا من الفقهاء، هي: أن يمنح الرجل إلى الآخر ثمرة نخلة أو نخلات من نخله العام أو العامين، يأكلها هو وعياله.
ولا فرق بين اسمها عرية أو هبة أو عطية أو منحة في هذا وجوازه ابتداء، بل هو من فعل المعروف المرغب فيه، إلا أن في حكم الرخصة في جواز شراءها منه بخرصها تمراً إلى الجذاذ، اختلف أئمتنا في ذلك.
فابن القاسم لا يجري الرخصة فيها، ويجيز فيها ذلك إلا أن تمنح باسم العرية، وعرفها المستعمل فيها قبل.
وأما بغير ذلك من ألفاظ المعروف والتمليك فلا يحكم لها بحكم العرية ولا يقضى فيها برخصتها عنده، وهو قول غيره من أصحاب مالك على ما سننبه عليه، بخلاف ما يظهر من الكتاب. ولم يراع ابن حبيب اختصاص لفظ العرية من غيرها في ذلك، ويجري الرخصة في كل هذه الألفاظ.
واختلف في اشتقاق لفظ العرية من ما هو ؟

=

فقيل هو من قولهم: عريته، أعروه، إذا طلبت إليه، فهي... فعيلة بمعنى مفعولة، أي: عطية، ومنه قوله تعالى: ﴿وَأَطْعِمُواْ ٱلْقَانِعَ وَٱلْمُعْتَرَّ﴾ [سورة الحج آية: 36].

وقد يكون أيضاً على هذا بمعنى مأتية، ومحلول بها؛ لأن الذي يعراها يختلف إليها، ويحل بأهله بها لاجتناء ثمرتها، يقال: عروت الرجل إذا لممت به، وعراني الأمر حل بي.

وقيل: سميت بذلك؛ لأنها أعريت من السوم عند البيع، فعلى هذا كله تكون العرية اسماً للثمرة، أو تكون بمعنى أن هذه النخلة عريت من الثمرة بهذه الهبة فتكون هنا اسما للنخلة.

وقيل: بل هي النخلة، تكون للرجل في نخل الرجل فيدخل صاحبها لها فيؤذي صاحب النخل الكثير، فرخص له في شراء ثمرتها منه ليدفع أذاه عنه، وهذا يأتي على مذهَبِ عبد الملك.

وأما على مذهَبِ مالك وابن القاسم فلا يجوز أن يشتريها منه إلا على طريق المعروف معه، وكفايته سقيها لا لدفع الضرر مجرداً.

ومعنى تسميتها على هذا الوجه عندي - عرية -: الإفراد؛ لانفرادها من نخله؛ يقال: أعريت هذه النخلة، إذا أفردتها بالبيع أو بالهبة.

وقيل: هو شراء من لا يحل له ثمر النخلة من صاحب النخل، يأكلها هو وعياله رطباً، بخرصها تمراً مما بيده من التمر نقداً، وهذا مذهب الشافعي ومن وافقه، ومن رأى أن الرخصة في العرايا إنما هي في الرفق لمشتريها، وحاجته إلى ذلك، وهذا يأتي على التفسير المتقدم من أنها من الإفراد للنخلة، أويكون اسما للعقد.

وقيل: العرية: الثمرة إذا أرطبت؛ سميت بذلك لأن الناس يعترونها، أي: يأتونها لالتقاط ثمرها، وهذا مما تقدم قبل من معانيها.

وقيل: سميت بذلك لتخلي مالكها عنها من بين ماله؛ لأنها عريت من جملة النخل فتكون على هذا فعيلة بمعنى فاعلة، قال الله تعالى: ﴿فَنَبَذْنَٰهُ بِٱلْعَرَآءِ وَهُوَ سَقِيمٌ﴾ [سورة الصافات آية: 145] أي: بالموضع الواسع الخالي من الأرض.

وقيل: سميت بذلك لأنها عريت من جملة تحريم المزابنة، وخلت من ذلك، ويرد هذا تسميتها بذلك قبل الشرع المحلل والمحرم. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1753، وما بعدها.

وقال: والعرية: رخصة مستثناة من أربعة أصول ممنوعة محرمة؛ أولها: المزابنة وهي شراء الثمر بالثمر.

الثاني: بيع الطعام بالطعام إلى أجل.

الثالث: بيع الطعام بالطعام من جنسه متفاضلاً.

الرابع: الرجوع في الهبة. وشراؤها بخرصها يجوز بعشرة شروط:

أولها: أن يكون مشتريها هو معريها.

الثاني: أن تكون قد طابت.

أو ثمرة نخلتين أو ثلاثة، عاماً أو عامين، أو حياته، وفيها ثمر حينئذ لم يزه أولا ثمر فيها[1].

وقيل: إن أصل هذه الكلمة، أنه يعري النخلة من ثمرها، بالهبة لثمرها، فسميت عرية، ثم أرخص للمعري أن يبتاع الثمرة بعد زهوها بخرصها يابسة إلى الجداد، إن كانت خمسة أوسق فأقل، ولا يجوز أكثر.

قال أبو الفرج عن مالك: لا تشترى من العرايا بخرصه إلا أقل من خمسة أوسق، شك داود في خمسة أوسق[2].

ويجوز ذلك لوجهين: إما لدفع ضرر دخوله وخروجه، وأما لرفقه لكفايته إياه مؤنتها[3].

ولا يجوز أن يبتاعها قبل زهوها، بخرصها ولا بغيره من الثمن، إلا على الجداد مكانه[4]، ويجوز له ولغيره شراء ما أزهى[5].

=

الثالث: ألا يكون إلا بتمر.

الرابع: ألا يكون إلا بخرصها.

الخامس: ألا تباع إلا بنوعها.

السادس: ألا يكون إلا إلى الجذاذ.

فهذه الستة متفق عليها عندنا.

السابع: ألا يكون إلا باسم العرية، وبابها.

الثامن: أن تكون خمسة أوسق فأدنى، لا أكثر منها.

التاسع: أن يكون المشترى جملة ما أعري منها.

العاشر: أن تكون العرية مما ييبس ويدخر.

وهذه الأربعة مختلف فيها خلافاً مشهوراً. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1757، 1758.

(1) انظر: المدونة: 7/233، 234.

(2) انظر: النوادر والزيادات: 6/199.

(3) انظر: المدونة: 7/239.

(4) انظر: المدونة: 7/242.

(5) انظر: المدونة: 7/237.

وإن زاد على خمسة أوسق بعين، أو عرض نقداً أو إلى أجل، بطعام يخالفها نقداً، ويتعجل جدادها، فإن تفرقا في الطعام قبل القبض والجداد لم يجز[1].

ولا يجوز شراء العرية وإن أزهت بخرصها تمراً رطباً ولا بخرصها تمراً نقداً.

قلت: أم كثرت وإن جدها مكانه.

قال ابن حبيب: وإن تطوع له بتعجيل خرصها قبل الجذاذ، من غير شرط، فذلك جائز[2].

ولا تباع بصنف سواها من الثمر أو بسر أو رطب، ولا بخرصها من برني، وهي عجوة، ولا لعجوة من حائط له آخر معين، وما عدا وجه رخصته صار مزابنة، وهي مرفق للمعرى، وللمعري في دفع الضرر، وقد أجيز بدل دينار بأوزن منه معروفاً وحرم بيعاً[3].

وجاز دينار بدنانير إلى أجل قرضاً ولم يجز بيعاً، وجاز الدين في الدين حوالة، ولم يجز بيعاً وكذلك الإقالة والتولية في الطعام، وحرم [بمعنى] المكايسة[4].

ولمن ابتاع عريته من حائط بخرصها بيع ثمرة جميع ذلك الحائط رطباً، وليس للمعري طلبه بالخرص إلا إلى الجداد؛ لأن ذلك في ذمته، وليس عليه أن يعطيه إياه من حائط بعينه.

ولا ينبغي للرجل شراء عريته بخرصها تمراً من ثمر حائط له آخر بعينه، ولكن

---

(1) عياض: وقوله: (وإذا أعراه أكثر من خمسة أوسق لم يجز أن يشتري منه إلا خمسة أوسق، ولا بأس بها بالدنانير والدراهم، وإن كانت أكثر من خمسة أوسق.

قلت لمالك: فإلى الجذاذ بالتمر؟ فأبى أن يجيبني عنه).

وبلغني عنه أنه أجازه، وهو عندي سواء.

قيل: معناه راجع إلى أول المسألة من شراء خمسة أوسق فدون، ووقوفه هنا التفات لقول عبد الملك: لبقاء الضرر.اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1762.

(2) انظر: النوادر والزيادات: 6/200.

(3) انظر: المدونة: 7/235، 240.

(4) انظر: المدونة: 7/235، 236.

بثمر مضمون عليه[1].

قال يزيد بن أبي حبيب: أرخص الرسول ﷺ في شراء العرية بخرصها قبل بدو الصلاح.

ولم يذكر ذلك مالك، قال: ما ببلدنا فلا يباع حتى يزهي[2]، وبذلك يأخذ مالك.

والعرايا في النخل والعنب والتين، ومدخر الثمار من جوز ولوز ونحوه، هي التي يجوز أن يشتريها معريها بخرصها خاصة كما ذكرنا، وإن كانت العرية عنباً لا يتزبب أو رطباً لا يتمر، لم يجز شراؤه بخرصه تمراً أو زبيباً[3].

ابن المواز: وقد كان من قول مالك: لا شيء مما أعري بخرصه، إلا النخل والعنب[4].

ويجوز بالعين والعرض نقداً أو مؤجلاً، أو بخلافه من الطعام على الجد قبل التفرق، وما أعري من الفواكه والخضر، مثل التفاح والرمان والخوخ و والبطيخ والموز والقصب الحلو، فلا يباع بخرصه؛ لأنه يقطع أخضر، ولكن بعين أو عرض حين جواز بيعه؛ لأنه لو أعرى ثمر نخل مزهية، لم يجز له شراؤها بخرصها رطباً، وكذلك معري ما لا يتمر من الرطب، أو ما لا يتزبب من العنب،لا يشتريه بخرصه تمراً أو زبيباً[5].

قال ابن حبيب: نقداً أو إلى الجداد[6].

قال أصبغ: وإن ابتاع ما أعري من ثمرة الفواكه الرطبة، حين جواز بيعها بخرصها نقداً أو إلى أجل تناهيها، فليرد ما لم يقبض ولم يفت، فإن فات فأمضيه، وكأنها

---

(1) عياض: وقوله: (إن اشترى عريته في تمر حائط له آخر لا أحب له هذا الشرط، ووقع في الأسدية: فإن فعل جاز).
قال سحنون: معناه أن الحائط مأمون. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1769.

(2) انظر: المدونة: 7/ 237.

(3) انظر: المدونة: 7/ 245.

(4) انظر: النوادر والزيادات: 6/ 199.

(5) انظر: المدونة: 7/ 245.

(6) انظر: النوادر والزيادات: 6/ 199.

هي ضمنها له، وإن ابتاع ما يدخر بخرصه نقداً فسخ وإن فات، ويرد المثل في الإبان، والقيمة في غير الإبان(1).

قال ابن القاسم: وإذا باع المعري حائطه، أو أصله دون ثمرته، أو ثمرته دون أصله، أو الثمرة من رجل والأصل من آخر؛ جاز لمالك الثمرةِ أن يشتري العرية الأولى بخرصها.

وكذلك لو باع المعرى عريته بعد الزهو أو وهبها، جاز لمعريها شراؤها بالخرص مما صارت له؛ لأنك لو أسكنت رجلاً دار حياته فوهب تلك السكنى لغيره فذلك جائز، ولك أنت شراؤها من الموهوب، كما كان يجوز لك شراؤها من الذي وهبته.

ولا يجوز للمعمر حياته بيع سكناه من غيرك، لأن ذلك نظر.

وإذا ملك الرجل أصل نخله في حائطك، فأردت شراء ثمرها منه بالخرص كالعرية.

قال ابن القاسم: فإن أردت بذلك أن تكفيه مؤونتها بمعنى الإرفاق فذلك جائز، وإن أردت هاهنا دفع ضرر دخوله فلا يعجبني، وأراه من بيع الثمر بالرطب؛ لأنه لم يعره شيئاً(2).

قال ابن القاسم: وأما العرية فيجوز شراؤها بالخرص لمعريها بوجهين، إما لدفع ضرر أو لمرفق في الكفاية، فلذلك جاز شراؤك للثمرة التي أعريت ممن وهبها له الذي أعريته.

قال بعض كبار أصحاب مالك: لا يجوز شراء المعري لما أعرى، إلا لدفع الضرر، وكذلك يجوز له شراء ثمر نخلة أصلها لغيره في حائطه.

قال: وليس لقياس ولكنه موضع تخفيف(3).

قال مالك: ولمعري خمسة أوسق ثمراً بعضها بالخرص، وإن أعرى أكثر من خمسة

(1) انظر: النوادر والزيادات: 6/200.

(2) انظر: المدونة: 7/239.

(3) انظر: المدونة: 7/239.

فله شراء خمسة، وقد يجوز لمن أسكن رجلاً حياته شراء بعض السكنى.

وقال كبير من أصحاب مالك: إذا أعرى خمسة أوسق فأدنى، فلا يجوز أن يشتري بعض عريته؛ لأن الضرر الذي به أرخص قائم بعد[1].

قال ابن القاسم: ومن أعرى جميع حائطه فذلك جائز له، وله شراء جميعه أو بعضه بالخرص، لا يتجاوز خمسة أوسق.

وتوقف لي مالك في شراء جميعه بالخرص، وإن كان خمسة أوسق أو أدنى، وتلغى عنه إجازته، والذي سمعت أنا منه إجازة شراء بعضه، وجائز عندي شراء جميعه[2].

فإن قيل: إنه إن أعرى جميعه، فلا ينفي عن نفسه بشرائه ضرراً، قيل: إلا أن ذلك إرفاق وللمعري، والعرية تشترى للإرفاق.

وقد جاز لمن أسكن رجلاً داراً حياته شراء جميع السكنى، أو بعضه[3] ولا يدفع به ضرراً.

قال: ومن أعرى أناساً شتى من حائط أو من حوائط له في بلد واحد، أو في بلدان شتى، بخمسة أوسق لكل واحد، أو أقل أو أكثر، جاز له أن يشتري من كل واحد قدر خمسة أوسق فأدنى، وكذلك إن أعراهم كلهم حائطاً له[4].

---

(1) انظر: المدونة: 7/240، 241.

(2) انظر: المدونة: 7/242، 243.

(3) كذا في الأصل، ولعل الصواب بعضها.

(4) انظر: المدونة: 7/ 243، 244.

عياض: وقوله: في رواية ابن وهب: (فيمن أعرى أناساً شتى فأخذ من هذا خرص خمسة أوسق، ومن هذا خرص وسقين فيكون في ذلك أكثر من خمسة أوسق: إذا اجتمعوا فلا بأس به ولا أحبه لصاحب العرية، ولا بأس أن يعري الرجل حائطه كله).

فانظر قوله: فلا أحبه، هل لما كانت العرية لجميعهم منه، كأنها لرجل واحد فكره شراءها، وإنما رخص لصاحب العرية في شراء خمسة أوسق أو دون خمسة أوسق، وإن كان البائعون باع كل واحد منهم خمسة أوسق أو دونها فالمشتري قد اشترى أكثر من ذلك وهو المرخص له في دون هذا العدد، أو يرجع قوله في ذلك إلى الرجل الواحد أن يفعله فانظره. وانظر قوله بعد هذا في المسألة: (فإن كان ذلك كله إذا اجتمع يكون أكثر من خمسة أوسق فذلك جائز لا بأس به).

وقد قال في كتاب محمد أو ما معناه في هذه المسألة: قال أبوبكر الأبهري: انظر إنما وقف عنه مالك، =

ولو أن حائطاً بين أشراك، فأعروا منه خمسين وسقاً، جاز لكل واحد شراء خمسة أوسق منه فأدنى(1).

ومن مات من معري أو معرى جاز لوارثه ما جاز له.

والهبة بخلاف العرية لو وهب حائط أو ثمر نخلات منه سنين، لم يجز له شراء ثمره ذلك أو بعضه بخرصه، ولكن بعين أو عرض كغيره.

وإذا وهب ثمر حائطه أو جزء منه، أو ثمر نخل معينة سنين قبل الزهو، أو أعمر =

ثم أجازه هل قوله: ولا أحبه لصاحب العرية من نوع وقوفه في كتاب محمد أو فما معناه؟

وقال أبو محمد المهدي: انظر، إنما وقف مالك ؛ لأنه لما كان الشراء منهم في مرة، كان كشراء أكثر من خمسة أوسق من عرية واحدة.

وقال أبو إسحاق وغيره: وإجازته أشبه لما فيه من دفع الضرر والرفق جميعا، وإنما يمنع الغير إذا تجرد الرفق، حتى لو اشترى من بعضهم لبقي الضرر.

وقال غيره: يصح شراؤه من بعضهم على الوجهين أيضاً من الرفق، ومن دفع الضرر؛ إذ قد يتأذى من هذا الواحد دون أصحابه، وكذا لعبد الملك منصوصا في كتاب ابن حبيب.

وقوله في الكتاب (في الرجل له الحوائط في البلد أو البلدان أعرى من كل واحد خمسة أوسق فأدنى: إنه يجوز أن يشتري من كل حائط خمسة أوسق فأدنى) ؛ قد تنوزع في معنى هذه المسألة؛ فقال يحيى بن عمر: معناه أنه أعرى ذلك رجالاً شتى لا واحداً، بدليل المسألة التي بعدها من قوله: (وكذلك لو أعرى ناساً شتى من حائط واحد) المسألة.

قال: ولو كان هذا الإعراء في الحوائط لرجل واحد لم يجز أن يشتري منه من جميع ذلك إلا خمسة أوسق فدون، وإلى هذا نحا أبو محمد بن أبي زيد وغيره. وتأول القابسي المسألة في الرجل الواحد، وأن اختلاف العرايا في واحد كاختلافها في جماعة.

وذهب أبو القاسم بن الكاتب إلى أن هذه العرايا إن كانت في لفظ واحد فحكمها حكم العرية الواحدة، وإن كانت في ألفاظ مختلفة فلكل... عرية حكمها. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1759، وما بعدها.

(1) عياض: وقوله: (في عشرة رجال اشتركوا في حائط فأعروا رجلا خمسين وسقا فأراد كل واحد منهم أن يأخذ خمسة أوسق: إنه جائز).

تفسير المسألة: ما قاله فضل في هذا الأصل أن كل واحد أعرى جميع سهمه، وأما لو كانوا أعروا عرية مشتركة لم يجز لواحد منهم إلا أن يشتري حصته فقط، على قول ابن القاسم، ولا يجوز على قول ابن الماجشون، وأما أكثر من حصته من هذا الاشتراك فلا يجوز على قول جميعهم. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1768.

ذلك فالسقي على الموهوب له، أو المعمر، وعليه الزكاة إن بلغ حظه ما فيه الزكاة، ولو كانت عرية، كان السقي والزكاة على رب الحائط.

وإن لم يبلغ خمسة أوسق إلا مع بقية حائطه، وكذلك إن أعراه جزءاً شائعاً أو نخلاً معيناً أو جميع الحائط، بخلاف الهبة والعمرى، ولا أجيز في الهبة والعمرى شراءَ الثمرة بخرصها، ولكن بما يجوز لغيره.

قال ابن القاسم: والزكاة والسقي في العرية على رب الحائط، وكذلك لو أعراه جميع الحائط[1].

محمد: قال مالك: من باع ثمراً في شجرة بعد جواز بيعه فالسقي على البائع، ومن باع الأصول وفيها ثمرة مأبورة بقيت للبائع، إذ لم يشترطها المبتاع فالسقي على البائع.

وقال المخزومي: على المشتري[2]؛ لأنه يسقي نخله فيشرب ثمره هذا.

قال ابن القاسم: ولو تصدق بثمرة حائطه قبل زهوه على المساكين، كان السقي عليه ولا يحاسب به المساكين[3].

قال أشهب: زكاة العرية على المعرى كالهبة، إلا أن يعريه بعد الزهو، وما رويَ عن مالك: أن زكاة العرية على ربها خطرة منه رمى بها[4].

قال محمد: ولم يختلفوا أن سقي العرية على رب الحائط.

قال سحنون: انظر إلى العرية والهبة، فإن كانتا بيد المعري أو الواهب يسقي ذلك ويقوم عليه فالزكاة عليه، وإن كانتا بيد المعري أو الموهوب يقوم عليها ويأكل منها، فالزكاة عليه[5].

---

(1) انظر: المدونة: 7/249.

(2) انظر: النوادر والزيادات: 6/197.

(3) انظر: المدونة: 7/249.

(4) انظر: النوادر والزيادات: 6/201.

(5) انظر: النوادر والزيادات: 6/201.

قال ابن القاسم: وقال أكابر أصحابنا: حكم العرية والهبة واحد[1].

وفرق مالك بينهما في الزكاة والسقي[2].

قال ابن حبيب: حكم العرية والهبة واحد في شرائها بخرصها وفي الزكاة والسقي[3].

قال ابن القاسم: وإن مات المعري قبل حوز المعرى عريته وقبل أن تطلع في

---

(1) عياض: كذا في أكثر النسخ، وكذا روايتنا، وكذا في أصول شيوخنا.

ومعنى ذلك: أي يحملونه محمل الهبة في أن زكاة ذلك وسقيه على المعري، كالموهوب، وبهذا فسره سحنون.

وقال ابن نافع وغيره: يحملون ذلك محملاً واحداً، كذا في كتاب... ابن وضاح.

وكان في أصل كتاب ابن عتاب: يجهلون - بالهاء - وكتب عليها... بخط يده، يحملون، ولم يغير ما في الأصل.

وقال بعض شيوخنا: إنما اختلافهم في السقي والزكاة، وأما في بيعها بخرصها فيتفقون أن ذلك مما يختص بالعرية دون الهبة، وإنما سوى ذلك ابن حبيب في الجميع؛ فقال ابن حبيب: فرق ابن القاسم بين ما سمي هبة، وبين ما سمي عرية، وكان يقول: زكاة العرية وسقيها على المعري، وزكاة الهبة وسقيها على الموهوب له، ولم يكن يجيز شراء الهبة بخرصها كما يجيزه في العرية.

قال: وهذا لا يعتدل؛ لأن هبة الثمرة هي العرية، وليس اختلاف اللفظ فيها بالذي يفرق بينهما.

قال القاضي:: الذي يفهم من كلام ابن حبيب، وتخصيصه هذا بابن القاسم، وذكره منعه السقي والزكاة؛ أن تأويله على غيره مخالفة ابن القاسم، وموافقة قوله هو.

ولم يختلفوا أن الإعراء إذا كان بعد الطيب فالزكاة على المعري، كما لو وهب حينئذ على هذا هو معنى قول ابن القاسم، كان عرف العرية إنما كان لتدفع بعد الطيب، فكأنه إنما أعطاها له حينئذ، فانظره.

وانظر قوله في الكتاب: (والسقي والزكاة على رب المال، وكذلك لو قسمها في المساكين. فأنت تعلم لو تصدق رجل بثمرة حائطه على المساكين أن الزكاة من الثمرة، وكان سقيها على صاحبها، ولم تؤخذ من المساكين، ويستأجر عليهم منها).

وكذا في أصل ابن المرابط، وكتب عليه من رواية الدباغ وحده، وسقط لغيره من قوله: فأنت تعلم إلى قوله: أن الزكاة من الثمرة، وصح ما بعده، وحوق عليه في كتاب ابن عتاب، وقال كذا كان محوقا عليه في كتاب ابن وضاح. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1766، وما بعدها.

(2) انظر: المدونة: 7/250.

(3) انظر: النوادر والزيادات: 6/202.

النخل شيء فلورثته ردها[1].

---

(1) انظر: المدونة: 7/247.
عياض: وقوله: فيمن أعرى نخلات له فمات ربها قبل أن يطلع في النخل شيء، وقبل أن يحوز المعرى النخل: إن العرية غير جائزة، وللورثة إبطالها. كذلك إن مات قبل أن يطيب النخل أو يقبض صاحب المنحة قبل أن يكون اللبن، وقبل أن يقبض اللبن والسكنى والخدمة، مات ربها قبل أن يقبض المسكن أو العبد، وقبل أن يأتي إبان ذلك إن كان ضرب له أجلاً، أو قال: إذا خرجت الثمار أو جاء اللبن فاقبض ذلك، وأشهد له فمات قبل قبضها؛ قال: هذا لا حق فيه لمن أعرى أو منح أو أسكن أو أخدم... إلى آخر المسألة.
انظر قوله: قبل أن يطلع في النخل شيء، وقبل أن يحوز النخل فهو محتمل أن يريد جمع الشرطين معاً على ما ذهب إليه ابن حبيب: أن الحوز فيها لا يصح، إلا بحوز الرقاب وطلوع الثمر فيها، ولا يصح بمجرد أحدهما، وقد يحتمل مراعاة كل شرط على الانفراد، وأنه حوز وحده على ما ذهب إليه أَشْهَب في الإبار أو تسليم الأصول. وعلى هذا اختلف في تأويلها؛ فذهب بعض المشايخ إلى أن مسألة الكتاب وفاق لما ذهب إليه ابن حبيب، وإلى هذا ذهب فضل، وإليه ذهب جماعة من مشايخ الأندلسيين.
ثم اختلفوا في وجه وفاقه؛ فقال ابن القطان: العرية والهبة والصدقة سواء لا يتم حوزها إلا بحوز الأصول وخروج الثمرة، وهو عنده مذهب المدونة وابن حبيب.
وقال أبو جعفر بن رزق: إنما يوافقه في العرية لا في الهبة والصدقة.
ومذهب الكتاب التفريق بين العرية وبين الصدقة والهبة.
قال فضل: بخلاف إذا تصدق عليه بما في بطن أمته.
وقيل: هو خلاف، وإليه ذهب أبو عِمرَان والمهدي وابن مالك، كأنهم ذهبوا إلى أن حوز الأصول في ذلك كله يكفي على ظاهر ما وقع في كتاب الهبة والصدقة من قوله: إذا حوزه الأصل والأمة، ومذهب الكتاب التفريق بين العرية وبين الصدقة والهبة. وانظر قول أَشْهَب: إن المعري إن مات بعد الإبار فذلك حوز؛ لأن المعطى يدخل، ويخرج ولا يمنع، وكمن وهب أرضاً بالصحراء؛ فحوزها تسليمها إليه، فإن مات قبل الإبار فلا شيء له، إلا أن يحوز الأصول.
وتأمل قوله: يدخل ويخرج، هل كان هذا قد وجد منه أو هو سيأتي منه، وإن لم يقع ولا وجد منه، وهذا في موت المعري.
وأما موت من أعريها فمتى تصح له تورث عنه؛ فعن ابن القاسم في العتبية: لا تجب لورثته إلا بموته بعد طيبها، وإن كان قد قبضها.
وخرج على مذهَبِ أشهب أن الثمرة تجب لورثة المحبس عليه بالإبار أن تجب أيضاً لورثة المعري بالإبار. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1762، وما بعدها.

قال ابن حبيب: وكذلك لو حاز النخل ومات المعري قبل أن تطلع فيها ثمر، فلا شيء للمعرى.

وكذلك إن اطّلع فيها ثمر ولم تحز النخل.

قال أشهب: إن مات بعد الإبار، فذلك حوز؛ لأن المعطى يدخل ويخرج ولا يمنع وكمن وهب أرضاً بالصحراء فحوزها أن تسلم إليه، وإن مات ربها قبل الإبار، فلا شيء للمعرى إلا أن تكون العرية مما تسلم إلى المعرى فيحتاز، فإنه إن لم يحزه حتى مات ربه، فلا شيء له وإن حازه؛ جاز ذلك، وإن لم تؤبر.

قال ابن حبيب: ومن منح لبن شاة فحازها الممنوح فمات المانح قبل أن يجيء فيها لبن، فلا شيء للممنوح كما قلنا في الثمر.

وأما خدمة العبد وسكنى الدار فحوز الرقبة موجب لتمام الحيازة؛ لأن ذلك قائم النفع واللبن لم يكن بعد[1].

قال ابن القاسم: وكذلك إن منحه لبناً أو أسكنه أو أخدمه فمات قبل أن يحاز عنه الغنم والعبد والدار، جعله ذلك إلى أجل أو إلى طيب ثمره أو إلى إبان لبن، كمن تصدق بدار له على غائب، فلم يقدم ليحوز حتى مات ربها، فهي لورثته.

وكذلك إن أشهد أن فرسه حبساً في السبيل بعد سنة فمات قبلها إنه يورث.

ولا بأس أن تمنح أخاك لبن غنم لك أو إبل أو بقر تحلبها عاماً أو أعواماً، ولا رجوع لك في منحة أو عرية أو إخدام عبد أو إسكان دار تعميراً أو تأجيلاً مسمى[2].

ولا بأس أن تشتري ما منحته أو أخدمته أو أسكنته بعين أو عرض أو طعام نقداً أو مؤجلاً، لجواز بيعه شاة لبوناً بطعام إلى أجل.

ولا بأس أن تبتاع هذه السكنى، وإن كانت تعميراً بسكنى دار لك أخرى، أو خدمة العبد بخدمة عبد آخر.

---

(1) انظر: النوادر والزيادات: 6/202.

(2) انظر: المدونة: 7/246، وما بعدها.

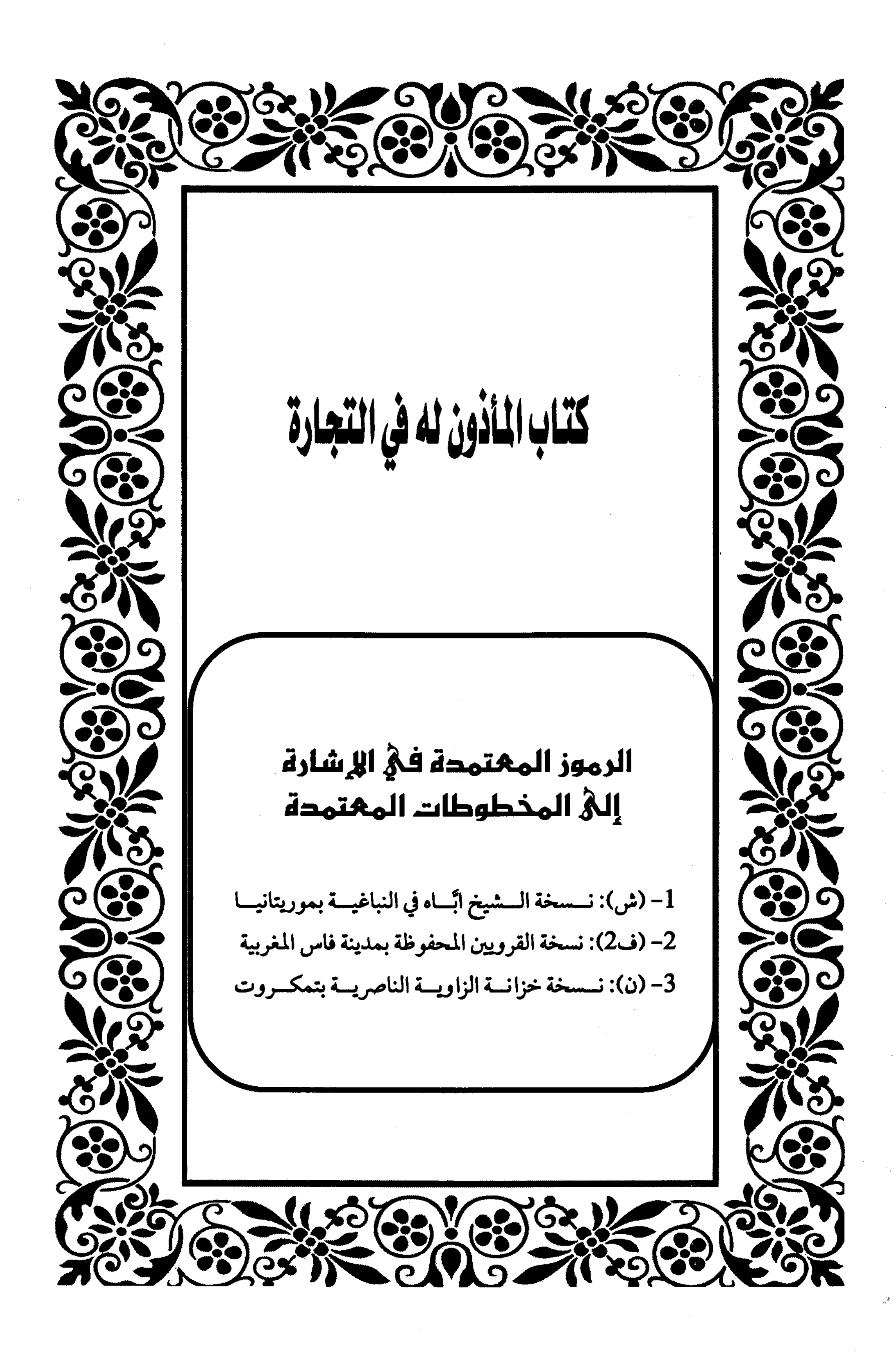
قال سحنون: يعني إذا كان ما يعطيه من سكنى دار أو خدمة عبد إلى أجل مسمى أو رقبتهما بتلاً.

ومن كتاب الصلح: وإذا أوصى بما في بطن أمته لرجل؛ لم يجز للورثة مصالحته من ذلك على شيء، بخلاف سكنى الدار وغلة العبد وغلة النخل؛ لأن لذلك مرجعاً إليهم، ولا مرجع للحمل وهذه غلات، والولد ليس بغلة ولا ترتهن الأجنة[1].[2]



(1) انظر: المدونة: 7/422، 423.

(2) إلى هنا انتهى السقط من (ش).



كتاب المأذون له في التجارة

الرموز المعتمدة في الإشارة إلى المخطوطات المعتمدة

1- (ش): نسخة الشيخ أبَّاه في النباغية بموريتانيا

2- (ف2): نسخة القرويين المحفوظة بمدينة فاس المغربية

3- (ن): نسخة خزانة الزاوية الناصرية بتمكروت



[(ش: 9/ب)] كتاب المأذون له في التجارة[1]

جامع القضاء في العبد المأذون له وما يلزم ذمته، والقول في فلسه والحجر عليه، وإقراره، وغير ذلك من أحكامه

قال ابن القاسم: والحكم فيما يلزم العبد في رقبته وذمته مختلف، فما كان من الجنايات والاستهلاك تعدياً كان في رقبته؛ لأنه مأخوذ بجريرته[2]، وما كان مما يصير بيده على الطوع من معطيه كان في ذمته بمعنيين.

[3] أما المأذون له فلا يخرجه من ذمته شيء حتى يؤديه، وأما غير المأذون فلسيده فسخ ذلك عنه؛ لأنه يعيبه[4]، وما لم يفسخ فذلك لازم للعبد في رقه وعتقه [(ش: 10/أ)] ولو فسخه عنه[5] في رقه، وأعلن بذلك يسقط عنه في رقه وبعد عتقه.

وإذا استهلك المأذون له[6] وديعة عنده، أو أمانة لزم ذلك ذمته[7]، وليس للسيد فسخه عنه[8].

قال محمد: يلزم ذلك ذمته وماله عند ابن القاسم[9].

---

(1) قوله: (له في التجارة) ساقط من (ف2).

(2) عياض: (أي جنايته). اهـ. انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1351.

(3) هٰهنا بدأت النسخة (ن) المحفوظة بالخزانة الناصرية.

(4) في (ف2): (بعينه).

(5) قوله: (عنه) ساقط من (ن) و(ش).

(6) قوله: (له) ساقط من (ن).

(7) عياض: وقوله في المأذون: (يستهلك الوديعة أنها في ذمته). قال في كتاب محمد: وفي ماله قال بعضهم: هو دليل المدونة بعد هذا من قوله: إنما يكون في ذمة العبد في مال إن طرأ له، وهو دليل كتاب الوديعة، وقال أَشْهَب: بل في ذمته خاصة، وإن كان وعداً لم يتبع بشيء، وقال غيره: إن استهلكها بتعدٍ فهي في رقبته. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2241.

(8) انظر: المدونة: 9/159.

(9) انظر: التنبيهات المستنبطة، لعياض، ص: 2241.

وقال أشهب: إن كان وغْداً[1] لا يودع مثله، فلا يتبع، وإن كان على غير ذلك فذلك في ذمته وحدها[2].

قال يحيى بن عمر: قال غيره: إن استهلكها بِتَعَدٍ[3]، فهي في رقبته، كالجناية[4].

وإذا خُلِّي بين عبده وبين التجارة تَجِرَ فيما شاء، ولزم ذمته ما ادّان في جميع التجارات، وسواء أذن له في صنف مخصوص؛ لأن الناس لا يعلمون أنه أقعده لصنف من التجارة دون غيره، إلا أن يقعده ذا صنعة مثل قصار ونحوه، فلا يكون ذلك إذناً في التجارة، ولا في المداينة فيها[5].

وكذلك قال في كتاب الرهن في قوله له[6]: أدّ إليّ الغلة؛ فليس بمأذون في التجارة[7].

وأكره للرجل أن يستتجر عبده النصراني لقول الله تعالى: ﴿وَأَخْذِهِمُ ٱلرِّبَوٰاْ وَقَدْ نُهُواْ عَنْهُ﴾ [سورة النساء آية: 161].

والعبد بين الرجلين لا يجوز أن يأذن له أحدهما في التجارة، إلا إن رضى[8] الآخر، وكذلك قسمة ماله لا يلزم من أبى ذلك[9] منهما؛ لأنه ينقص العبد[10].

---

(1) الوغد: الرجل الدنئ الذى يخدم بطعام بطنه. تقول منه: وغد الرجل بالضم. انظر: الصحاح، للجوهري: 2/552.

(2) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 10/448.

(3) في (ف2): (فتعدى).

(4) انظر: التبصرة، للخمى، ص: 3245.

(5) انظر: المدونة: 9/157.

(6) قوله: (له) ساقط من (ش) و(ف2).

(7) انظر: المدونة: 9/294.

(8) قوله: (إلا إن رضى) يقابله في (ن): (إلا بأن يرضى) وفي (ف2): (إلا برضا).

(9) قوله: (من أبى ذلك) يقابله في (ن): (ذلك من أبى).

(10) انظر: المدونة: 9/167، 168.

ومن دعا إلى بيعه منهما[1]؛ فذلك له، إلا أن يتقاوياه[2].

وإذا استتجر عبده بمال دفعه إليه سيده[3]، فلحق العبد دين؛ كان دينه فيما دفع إليه سيده، وفي مال العبد وفيما[4] كسب بالتجارة فيهما [(ش: 10/ب)] وما عجز ففي[5] ذمته عتق، أو بقي رقيقاً، ولا يتبع سيده بشيء ولا يحاص السيد غرماء عبده بما دفع إليه، إلا أن يكون عامله بعد ذلك فأسلفه[6]، أو باعه بيعاً صحيحاً بغير محاباة، فإنه يضرب[7] بذلك فيما دفع إليه، وفي مال إن كان للعبد وما أرهنه[8] في ذلك فهو أحق به[9].

وإن ابتاع من سيده سلعة بثمن كثير لا يشبه الثمن مما يعلم أنه توليج[10] إلى

---

(1) قوله: (منهما) ساقط من (ف2).

(2) انظر: المدونة: 9/168.

قال أَبو زيد: يقال: إِذا كان الغلام أَو الجارية أَو الدابة أَو الدار أَو السلعة بين الرجلين فقد يَتَقاوَيانِها وذلك إِذا قوّماها فقامت على ثمن فهما في التَّقاوِي سواء فإِذا اشتراها أَحدُهما فهو المُقْتَوِي دون صاحبه فلا يكون اقْتِواؤهما وهي بينهما إِلا أَن تكون بين ثلاثة فأَقول للاثنين من الثلاثة إِذا اشتريا نصيب الثالث اقْتَوَياها وأَقْواهما البائع إِقْواء والمُقْوِي البائع الذي باع ولا يكون الإِقْواء إِلا من البائع ولا التَّقاوِي إِلا من الشركاء ولا الاقتواء إِلا ممن يشتري من الشركاء والذي يباع من العبد أَو الجارية أَو الدابة من اللَّذَيْنِ تَقاويا فأَما في غير الشركاء فليس اقْتِواء ولا تَقاوٍ ولا إِقْواء قال ابن بري لا يكون الاقْتِواء في السلعة إِلا بين الشركاء قيل أَصله من القُوَّة لأَنه بلوغ بالسلعة أَقْوَى ثمنها، وقال ابن شميل كان بيني وبين فلان ثوب فَتَقاوَيْناه بيننا أَي أَعطيته ثمناً وأَعطاني به هو فأَخذه أَحدنا وقد اقْتَوَيْت منه الغلام الذي كان بيننا أَي اشتريت منه نصيبه، وقال الأَسدي القاوِي الآخذ يقال قاوِه أَي أَعْطِه نصيبه. انظر: لسان العرب، لابن منظور: 15/206.

(3) قوله: (سيده) زيادة من (ن).

(4) في (ن): (فيما).

(5) في (ش): (في).

(6) في (ف2): (وأسلفه).

(7) قوله: (أن يكون عامله بعد ذلك فأسلفه... يضرب) ساقط من (ن).

(8) في (ن): (رهنه).

(9) انظر: المدونة: 9/163.

(10) عياض: والتوليج والتأليج: بمعنى المحاباة. اهـ. انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2213.

السيد، فالغرماء أحق بها في يديه[1].

قال يحيى بن عمر[2]: فيضرب[3] السيد معهم بقيمة السلعة فقط، وتسقط المحاباة

قال ابن القاسم: وأما في البيع الذي يشبه مال العبد، فإنه يحاص به الغرماء، والسيد في تفليس العبد أحق بسلعته إن وجدها، إلا أن يدفع الغرماء إليه[4] الثمن كالأجنبي.

قال مالك: وإن أسلمت إلى عبدك، أو إلى أجنبي دنانير في طعام، ثم فلس، والدنانير قائمة لم تفت، فإن شهدت عليها بينة -لم تفارقه- أنها بعينها فأنت أحق بها[5].

وكذلك لو بعت منه زيتاً، فشهدت بينة أنهم لم يفارقوه حتى فرغه في زيت له، فلك أخذ زيتك منه، وهو[6] عندي بعينه، وكذلك خلطه للدنانير[7].

وقال أشهب: ليس العين كالعرض وهو في العين أسوة الغرماء، وهو أحق بالعرض إذا وجده من الغرماء[8].

وتقدم[9] ذكر هذا كله في كتاب[10] التفليس.

وما وهب للمأذون فغرماؤه أحق به من سيده، والسيد أحق بكسبه، وعمل يده،

---

(1) انظر: المدونة: 9/163.

(2) قوله: (بن عمر) ساقط من (ف2).

(3) في (ن): (ويضرب).

(4) قوله: (إليه) ساقط من (ن).

(5) انظر: المدونة: 9/165.

عياض: قوله في الدنانير: (إن شهد الشهود أنهم لم يفارقوه، وأنها بعينها) شرط بعضهم فيها هذا الشرط، وأنهم متى فارقوه لم يكن الغريم أحق بها وإن عينوها، وقيل: لا يلزم إلا بعينها فقط. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2243.

(6) في (ن): (فهو).

(7) في (ن): (الدنانير)، وانظر المسألة في: المدونة: 9/165، 166.

(8) انظر: المدونة: 9/166.

(9) في (ف2): (وقد تقدم).

(10) قوله: (كتاب) ساقط من (ف2).

وأرش جراحه[1] وقيمته إن قتل[2].

وإن خارجه فليس لهم في خراجه شيء، ولا ما فضل بيده بعد دفع خراجه من عمله، ولهم ما أفاد بهبة، أو صدقة، أو وصية، أو عمل يطرأ له[3].

وإن عتق بقي الدين في ذمته ولا يفسخه [(ش: 11/أ)] السيد عنه في رقه، وإنما له ذلك في غير المأذون.

وإقرار المأذون في صحته، أو في[4] مرضه بدين لمن لا يتهم عليه جائز، إلا أن يقر بعد قيام غرمائه فلا يجوز ذلك كالحر في الوجهين، ويجوز إقراره[5] بالدين فيما بيده من المال، وإن حجر عليه سيده فيه ما لم يفلس.

قيل لمالك: أيبيع المأذون له أم ولده؟

قال: إن أذن له سيده[6].

قال ابن القاسم: وأما فيما على المأذون من دين، فإنها تباع دون ولده منها، لأنها له، ولا حرية فيها، وليس الولد بمال له[7]، وهو بمنزلته.

وولد[8] المكاتب من أمته بمنزلته، وكذلك المدبر، ولم يدخل[9] أم ولده من

---

(1) في (ف2): (جرحه).

(2) انظر: المدونة: 9/163.

(3) انظر: المدونة: 9/164.

(4) قوله: (في) زيادة من (ف2).

(5) في (ن): (إقرار).

(6) انظر: المدونة: 9/160.

عياض: وقوله: (وأما أم ولده فتباع في دينه ومعنى ذلك، بعد الوضع وأما وهي حامل فلا)؛ لأن الولد للسيد، ولا يصح بيعها دون جنينها، وقيل: معناه إذا أذن السيد في بيعها، علم بالحمل أم لا. اهـ.

انظر: التبيهات المستنبطة، ص: 2241.

(7) قوله: (له) زيادة من (ف2).

(8) في (ف2) و(ش): (ولد).

(9) في (ف2): (تدخل).

الحرية ما أدخل ولد الحر[1].

وإن ابتاع المأذون له[2] ولده؛ بيعوا في دينه[3].

وإذا أخر المأذون غريماً له بدين، أو حطّ[4] منه نظراً واستيلافاً؛ جاز، ولا يجوز على غير ذلك كالوكيل.

يريد المفوض إليه، وأما الوكيل -يريد[5] المخصوص على بيع سلعة- يضع من الثمن بعد البيع؛ فلا يلزم ذلك ربها[6].

ولا يجوز للعبد أن يعير من ماله عارية بغير إذن السيد مأذوناً كان، أو غير مأذون، وكذلك العطية[7].

محمد: قال غيره: ولا بأس أن يعير دابة إلى المكان القريب، ويعطي السائل الكسرة والقبضة.

وسُئل مالك: عن عبد واسع المال، هل يعق عن ولده، ويطعم لذلك الطعام؟

قال: لا، إلا أن يعلم أن سيده لا يكره ذلك[8].

قال ابن القاسم: ولا يصنع العبد طعاماً ويدعو إليه الناس، إلا أن يفعل ذلك المأذون استيلافاً في التجارة، فذلك جائز[9].

وللسيد رد ما وهب العبد، والمكاتب، والمدبر، وأم الولد، وإن استهلك ذلك من أحد غرم القيمة لهم، إلا أن يكون ذلك من السيد [(ش: 11/ب)] انتزاعاً من غير

---

(1) انظر: المدونة: 9/160.

(2) قوله: (له) ساقط من (ف2).

(3) انظر: المدونة: 9/161.

(4) في (ش): (حطه).

(5) قوله: (يريد) زيادة من (ن).

(6) انظر: المدونة: 9/158.

(7) انظر: المدونة: 9/159.

(8) انظر: المدونة: 9/158.

(9) انظر: المدونة: 9/159.

المكاتب، فيقبض هو القيمة، ولو رده ولم ينتزعه، وأقره لهم، ثم مات السيد، أو أفلس[1]، فذلك لهم.

ولو أعتقهم اتبعهم ذلك، ولو كان إذ رده استثناه لنفسه كان له ذلك إلا في المكاتب، فإنه للمكاتب؛ إذ لا ينتزع ماله، أو يكون إنما رده في مرضه، فإن رده جائز، ولكن يبقى ذلك للمدبر، ولأم الولد، ولا ينتزعه؛ إذ لا تنتزع[2] أموالهما[3] في المرض[4].

قال: ولا يلزم السيد عهدة ما يشتريه[5] المأذون، إلا أن يكون قد قال: بايعوه وأنا له ضامن فيلزم ذلك ذمته وذمة العبد ويُباع العبدُ[6] عليه في ذلك[7].

ولا ينبغي أن يحجر السيد على عبده المأذون إلا عند السلطان حتى يوقفه السلطان، ويشهره، ويطاف به، ويشهد[8] على ذلك، فمن بايعه بعد ذلك؛ كان ذلك مردوداً[9].

قال مالك فيمن أراد أن يحجر على ولده قال: لا يحجر إلا عند السلطان، ولا يجوز للعبد المحجور عليه في ماله بيع، ولا إجارة، ولا أن يؤاجر عبداً له إلا بإذن سيده في

---

(1) في (ش): (فلس).

عياض: وقوله: وأفلس ثابت عندي، وفي الأصول، وكتب عليه في حاشية كتاب ابن سهل: خط عليه ابن وضاح. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2241.

(2) في (ف2): (ينتزع).

(3) في (ن): (أموالهم).

(4) انظر: المدونة: 6/161، 162.

(5) في (ف2): (يشتري).

(6) قوله: (العبد) زيادة من (ف2)، والمثبت موافق لما في المدونة.

(7) انظر: المدونة: 9/167.

(8) في (ن): (وليشهد).

(9) انظر: المدونة: 9/168، 189.

ذلك كله[1].

وللسيد الحجر على المأذون، وإن اغترق الدين مال المأذون، ويمنعه من[2] التجارة، ثم يكون ماله[3] لغرمائه دونه، ولسيده ما فضل، وإن كان للسيد دين حاصه به، وليس للغرماء أن يحجروا على العبد ولهم القيام بدينهم فيفلسوه[4] وذلك كالحر[5].

قال في كتاب النكاح: وللعبد أن يتسرى[6] في ماله بغير إذن سيده[7].

ومن كتاب الشركة، قال:[8] وللمأذون أن يدفع مالاً قراضاً[9].

قال سحنون: لا يدفعه[10] قراضاً، ولا يأخذه وأخذه إياه من الإجارة، ولم يؤذن له في الإجارة.

ومن كتاب المأذون: وإذا كان على المأذون دين أحاط[11] بماله، فادعى السيد في مال بيد العبد أنه له، وقال العبد: بل هو لي؛ فالقول قول العبد، ولو كان غير مأذون[12] له، القول قول السيد، كقول مالك: في ثوب بيد العبد يقول: فلان أودعنيه، وسيده يدعيه؛ فالسيد مصدق، إلا[13] أن يقيم فلان بينة[14].

---

(1) انظر: المدونة: 9/128.

(2) قوله: (من) زيادة من (ن).

(3) قوله: (ماله) زيادة من (ف2).

(4) في (ن): (فليفلسونه).

(5) في (ف2): (كالحجر)، والمثبت موافق لما في المدونة: 9/169.

(6) في (ن): (يتسر).

(7) انظر: المدونة: 3/357.

(8) قوله: (قال) زيادة من (ن).

(9) انظر: المدونة: 8/472.

(10) في (ن): (يدفع).

(11) في (ن): (يحيط).

(12) في (ن): (مأذونا).

(13) في (ن): (وإلا).

(14) في (ف2): (البينة)، وانظر المسألة في: المدونة: 9/168.

قال في كتاب السرقة: إن القول قول السيد مع يمينه[1].

وفي كتاب الوديعة ذكر[2] من مسائل[3] المأذون.

تم كتاب المأذون له في التجارة

بعون الله[4] [(ش: 12/أ)]



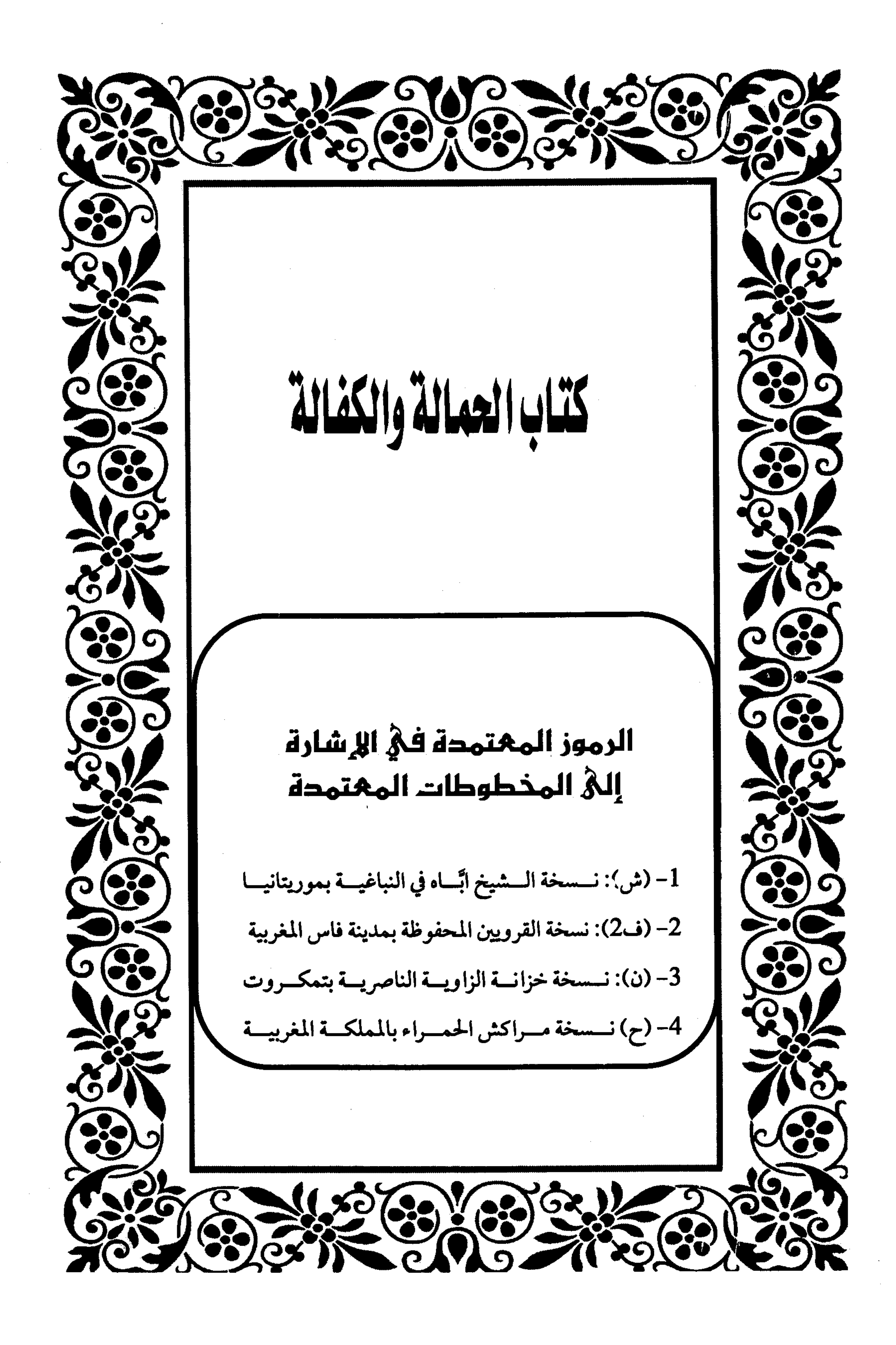
(1) انظر: المدونة: 155/11.

(2) في (ف2): (شيء).

(3) في (ف2): (معاني).

(4) قوله: (تم كتاب المأذون له في التجارة بعون الله) زيادة من (ف2).





كتاب الحمالة والكفالة

الرموز المعتمدة في الإشارة إلى المخطوطات المعتمدة

1- (ش): نسخة الشيخ أبّاه في النباغية بموريتانيا

2- (ف2): نسخة القرويين المحفوظة بمدينة فاس المغربية

3- (ن): نسخة خزانة الزاوية الناصرية بتمكروت

4- (ح) نسخة مراكش الحمراء بالمملكة المغربية



كتاب الحمالة والكفالة[1]

في[2] القضاء في الحمالة[3] بالوجه، أو بالمال،

(1) عياض: اعلم أن الحمالة والكفالة والزعامة والقبالة والضمانة والضمان... بمعنى يقال: هو حميل بكذا أو كفيل أو زعيم أو قبيل، وأدين وضامن.
ومعنى ذلك كله واشتقاقه من الحفظ والحياطة فالكفالة: أصلها من الكفل وهو الكساء الذي يحوي حول سنام البعير؛ ليحفظ الراكب هناك، وكأن الكفيل والكافل حائط، وحافظ لما ولي من الأمور ولما التزمه من مال.
الضامن - أيضاً - مأخوذ من الضمن وهو الحرز، وكل شيء أحرزته في شيء فقد ضمنته إيا.
والقبالة أصلها من القوة، ومنه: مالي بهذا قبل؛ أي طاقة وقوة، فكأن القبيل قوة، وحيطة في استيفاء الحق، قال الله تعالى: ﴿أَوْ تَأْتِيَ بِٱللَّهِ وَٱلْمَلَٰٓئِكَةِ قَبِيلًا﴾ [سورة الإسراء آية: 92].
والزعامة: أصلها السيادة، فكأن هذا لما تكفل به ساده بذلك، وحكم عليه، وحاطه بذلك ما تقبل منه، قال الله تعالى: ﴿وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ﴾ [سورة يوسف آية: 72]، وقال ﷺ: "الزعيم غارم".
والحمالة: من الحمل وأصلها من حمل الدية وهي من الحمالة وفي الحديث: "الحميل غارم". اهـ.
انظر: التبيهات المستنبطة، ص: 2247، وما بعدها.
(2) قوله: (في) زيادة من (ف2).
(3) عياض: الحمالة على ثمانية وجوه:
حمالة مبهمة مطلقة، وهو أن يقول: أنا لك حميل أو زعيم، ونحوه، وحمالة بمال مطلق.
وحمالة بمال على أنه لا رجوع على المحتمل عنه وهو المحتمل عليه، وحمالة بوجه أو بنفس مطلقة.
وحمالة بنفس مقيدة؛ أي ليست من المال في شيء، وحمالة بطلب، وحمالة مترقبة بما يثبت على فلان أو بما يوجبه الحكم عليه، وحمالة بالجنايات وكل هذه الوجوه جائزة على الجملة لازمة.
فأما المبهمة المطلقة، فاختلف شيوخنا إذا عريت من لفظ أو دليل أو قرينة هل تحمل على المال؟ أو على النفس؟ وأما حمالة المال المطلق، فلازمة وفيها الرجوع بالمال على المحتمل عنه بكل حال إلا في مسألة وهي: حمالة الصداق في عقد النكاح ففيها خلاف، هل فيها رجوع؟ كسائر الحمالات، وهي إحدى روايتي عيسى عن ابن القاسم، والثانية: أنها حمل لا رجوع فيه، وهو مذهبه في المدونة والعتبية، وكذلك في الواضحة، وأما الحمالة بالمال على أن لا يرجع فهو الحمل.
واختلف فيه، هل يحتاج إلى حوز فيبطل بموت الحامل أو هو كالحمالة لا تحتاج إلى حوز والقولان في الواضحة، وأما حمالة النفس أو الوجه المطلقة، فالمشهور سقوطها بإحضار الوجه، كيف كان، ولزوم الغرم إذا لم يحضره، ومحمد بن عبد الحكم لا لزمه من المال شيء في الوجهين.
ولمالك في كتاب ابن الجهم أنها كحمالة المال سواء، تلزمه في كل وجه.
=

وتأخير الغريم أو الكفيل[1]، أو موت أحدهما، وبراءة الحميل ممن تحمل، أو صلحه له أو دفعه عنه، أو عن الآمر غير ما أمره به، أو يقتضي الحق فيهلك[2] بيده

قال الله سبحانه: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ﴾ [سورة يوسف آية: 72].
وقال[3] الرسول ﷺ: «الزعيم غارم»[4].

= وأما حمالة الوجه المقيدة، فلا يلزم بها من أداء المال شيء في الوجهين، ولمالك من كتاب ابن الجهم أنها كحمالة المال سواء تلزمه في كل وجه، وأما حمالة الوجه المقيدة فلا يلزم بها من أداء المال شيء، إلا أن يقدر على إحضاره، فلا يمكن منه أو ينذره فيهرب وإن اتهم على تغييبه حبس فيه... حتى يحضره.

وأما حمالة الطلب فتصح في كل شيء وتصح فيما يتعلق بالأبدان وحقوق الآدميين والقصاص إذا رضي بذلك صاحب الحق وتركه بحامل يحضره له متى شاء ولا شيء على الحامل إن لم يحضره مما لزمه إلا أن يعلم أنه نفره، وأمكنه حين طلب بإحضاره فتركه حتى أعجزه فهذا يسجن حتى يحضره، ويعاقب بقدر غروره وما أدخل فيه نفسه.

وأما الحمالة المترقبة فلازمة فيما يثبت بالبينة، وهل يلزم بما يقر به المطلوب بعد إنكاره؟ مختلف فيه، والقولان قائمان من المدونة وسيأتي بعد ما في الكتاب من ذلك.

وأما الحمالة في الجنايات، وما يتعلق بها من الحدود والقصاص، وعقوبات الأبدان فلا تصح على الجملة، وذهب بعض أهل العلم إلى جوازها، وجعلوا حكمها حكم الحمالة بالوجه المقيدة، ولا شيء عليه إن لم يأت به، إلا عثمان البتي، فإنه يلزم الحميل بالنفس في القتل والجراح إن لم يأت بدية القتل، وأرش الجراحات اهـ.

انظر: التبيهات المستنبطة، ص: 2250، ومابعدها.

(1) في (ن): (والكفيل).

(2) في (ن): (فهلك).

(3) في (ن): (قال).

(4) حسن غريب، أخرجه أبو داود في سننه: 2/319، في باب في تضمين العارية، من كتاب الإجارة، برقم (3565)، والترمذي في سننه: 3/565، في باب ما جاء في أن العارية مؤداة، من كتاب البيوع، برقم (1265)، وابن ماجه في سننه: 2/804 في باب الكفالة، من كتاب الصدقات، برقم (2405). قال الترمذي: حديث حسن غريب.

والزعيم في اللغة والحميل، والكفيل سواء.

قال ابن القاسم: فإن قال: أنا حميل لك، أو زعيم أو كفيل أو ضامن، أو قبيل أو هو لك عندي، أو علي أو إلي أو قبلي، فذلك كله حمالة لازمة، إن أراد الوجه لزمه، وإن أراد[1] المال لزمه ما شرط[2]، فإن شرط المال[3]، فأتى بالغريم عند الأجل معدماً؛ لم يبرأ وغرم[4].

وإن كان الغريم حاضراً ملياً، فلا يتبع الكفيل إلا بما عجز عنه الغريم.

وكان مالك يقول: في ملائه يتبع أيهما شاء، ثم رجع إلى هذا.

وإن كان غائباً ملياً، أو مدياناً حاضراً يخاف[5] إن قام عليه المحاصة -قال غيره: أو ملداً ظالماً-؛ فله اتباع الحميل إلا أن يكون للغائب مال حاضر يعدى فيه؛ فلا يتبعه.

قال غيره: إلا أن يكون في تثبيت ذلك بعد فيؤخذ من الحميل، وقاله سحنون[6].

وأما الحمالة بالرجل أو[7] بنفسه، أو بعينه أو بوجهه، ولم يذكر مالاً، فإنه إن جاء بالرجل بعد الأجل ملياً، أو معدماً؛ برئ، فإن لم يأت به حينئذ؛ تلوم له السلطان في الحاضر، أو القريب الغيبة.

محمد: قدر اليوم واليومين، فإن لم يأت به أغرمه، ويغرم مكانه في بعيد[8] الغيبة[9].

---

(1) قوله: (وإن أراد) يقابله في (ف2): (أو).

(2) قوله: (ما شرط) ساقط من (ف2).

(3) في (ف2): (بالمال).

(4) انظر: المدونة: 174/9، وما بعدها.

(5) في (ن): (فخاف).

(6) في المدونة: 180/9، 181.

(7) في (ن): (و).

(8) في (ف2): (بعد).

(9) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 109/10، 110.

ولو شرط حميل الوجه إني أطلبه، فإن[1] لم أجده برئت من المال، ولكن[2] علي طلبه حتى آتي به؛ لم يلزمه إلا ما شرط[3].

قال محمد عن[4] ابن القاسم: فإن لم يحضره لم يسجن فيه، إلا أن يتهم أنه[5] يعرف مكانه، فيسجنه[6] الإمام بقدر اجتهاده[7].

قال غيره: في حميل الوجه يشترط أني لست من المال في شيء، فلا يلزمه مال أتى بالرجل، أو لم يأت به، إلا أن يمكنه بعد الأجل إحضاره ففرط فيه حتى أعوزه، فهذا قد غرّه[8].

وإذا قال الكفيل للطالب: إن لم يوفك حقك فهو علي، ولم يؤجل تلوم له السلطان بقدر ما يرى، ثم ألزمه [(ش: 12/ب)] المال إلا أن يكون الغريم حاضراً ملياً[9].

وإن قال: إن لم يوفك حقك[10] حتى تموت، فهو علي؛ فلا شيء عليه، حتى يموت الغريم.

يريد: يموت عديماً.

وإذا مات الغريم برئ حميل الوجه، لأن النفس المكفولة قد ذهبت.

ولو غرم ثم أتت[11] بينة أن الغريم مات في غيبته قبل القضاء، رجع الحميل بما أدى على رب الدين.

---

(1) في (ف2): (وإن).

(2) قوله: (لكن) ساقط من (ن).

(3) انظر: المدونة: 9/173، 174.

(4) في (ف2): (قال).

(5) في (ف2): (أن يكون).

(6) في (ن): (فيحبسه).

(7) انظر: النوادر والزيادات: 10/109.

(8) انظر: المدونة: 9/174.

(9) انظر: المدونة: 9/218.

(10) قوله: (حقك) ساقط من (ن) و(ش).

(11) في (ن): (أثبت).

ولو قدم[1] الغريم؛ لم يرجع إلا عليه.

وروي[2] عن ابن القاسم في غير المدونة أنه يضمن إن مات الغريم، والحق حالٌّ إذا مات غائباً بغير البلد.

وإن مات بالبلد؛ لم يضمن الحميل.

وقال أشهب: لا يضمن شيئاً إذا مات الغريم مات بالبلد أو بغيره[3].

قال[4] ابن القاسم: وإن كانت الحمالة مؤجلة، فمات[5] بغير البلد، فإن كان مات قبل الأجل بأيام كثيرة، لو[6] خرج وراءه لجاء به قبل الأجل، فلا حمالة عليه، ولا شيء عليه.

قال ابن القاسم: وإن كنت قلت غير هذا فاطرحوه[7].

قال[8] في غير المدونة: وإن أخذ به فلم يقض عليه بالغرم حتى أحضره برئ، ولو كان قد حكم عليه بالمال بعد التلوم؛ للزمه.

سحنون: إن لم يغرم حتى أحضره؛ برئ[9].

وإن أمكن الغريم الطالب من نفسه، وأشهد أني دفعت نفسي إليك براءة للحميل، لم يبرأ ذلك الحميل، وإن كان بموضع تنفذ فيه الأحكام، حتى يدفعه الحميل نفسه، أو وكيله إلى الطالب، فإن لم يقبل ذلك الطالب أشهد عليه، وكان ذلك له براءة[10]، وإن دفعه الوكيل إليه بموضع لا سلطان فيه، أو فيه فتنة، أو بمفازة، أو بمكان يقدر أن

---

(1) في (ن): (قام).

(2) في (ف2): (وقد روي).

(3) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 11/320، 321، والنوادر والزيادات: 10/111.

(4) في (ف2): (وقال).

(5) في (ف2): (ومات).

(6) في (ف2): (ولو).

(7) انظر: النوادر والزيادات: 10/111.

(8) في (ف2): (وقال).

(9) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 11/322.

(10) زاد بعده من(ف2) قوله: (له).

يمتنع منه[1] فيه، لم يبرأ إلا بموضع يصل إليه فيه وبه سلطان وإن لم يكن ببلده فيبرأ.

ولو دفعه إليه في السجن برئ، لأنه يسجن له بعد تمام ما سجن فيه[2].

وليس للكفيل أخذ الغريم بالمال قبل أن يؤخذ منه، إلا أن يتطوع الغريم، إذ لو أعدم الحميل غرم الغريم لرب الحق[3].

وإذا أخر الطالب الحميل بعد محل الحق، فذلك تأخير للغريم، إلا أن يحلف ما كان ذلك تأخيراً مني [(ش: 13/أ)] للغريم، فيكون له طلبه، لأنه لو وضع الحمالة كان له طلب الغريم إن قال: وضعت الحمالة دون الحق، فإن نكل؛ لزمه تأخيره[4].

ولو أخّر الغريم؛ كان تأخيراً للكفيل، ثم للكفيل أن لا يرضى بذلك خوفاً من إعدام الغريم، فإن لم يرض خُيّر الطالب فإما أبرأ الحميل ويصح التأخير، وإلا لم يكن له ذلك.

قال محمد: قيل لأشهب: فإن أبى الحميل، قال: ذلك له، ويقال لصاحب الحق: إن أسقطت الحمالة صح تأخير الغريم، وإلا حلفت أنك لم ترد إسقاط الحمالة، وتطالب دينك من الغريم حالاً[5].

قال ابن القاسم: وإن سكت الحميل عالماً بذلك لزمته الحمالة، فإن لم يعلم حتى حل أجل التأخير، حلف الطالب ما أخره ليبرأ الحميل وثبتت[6] الحمالة[7].

---

(1) قوله: (منه) زيادة من (ف2).

(2) انظر: المدونة: 9/174.

(3) انظر: المدونة: 9/219.

(4) عياض: قوله: (إذا أخر الكفيل هو تأخير للغريم، إلا أن يحلف ما كان ذلك إلا للكفيل، فإن حلف طلب صاحب الحق، وإن أبى أن يحلف لزمه التأخير)، قال بعضهم: لم يجعل - هنا - على الغريم يميناً، فهذه بينة في الكتاب أن يمين التهمة لا تنقلب، وقوله: (في الكفيل يدفع خلاف ما على الغريم، قال: الذي عليه الأصل، بالخيار إن أحب أن يدفع قيمة ما دفع الكفيل إن كان عرضاً، وإن كان طعاما فمكيلته). سقط عند ابن عتاب ذكر الطعام - هنا - وثبت في كثير من النسخ.اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2260، 2261.

(5) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 10/145.

(6) في (ف2): (وتثبت).

(7) انظر: المدونة: 9/196.

يحيى: فإن حل برئ الحميل.

قال[1] غيره: إن أخر الغريم وهو بيّن الملاء تأخيراً بيناً سقطت الحمالة، وإن أخرّه ولا شيء عنده، فلا حجة للكفيل، وله طلب الكفيل أو[2] تركه[3].

ولو مات الكفيل قبل الأجل فللطالب تعجيل الدين من تركته، ثم[4] لا رجوع لورثته[5] على الغريم حتى يحل الأجل، وله محاصة غرمائه أيضاً[6].

وفي رواية ابن وهب من غير المدونة: أنه يؤخذ من تركة الحميل، ويوقف إلى الأجل، فإن كان الغريم يؤمئذٍ ملياً، رجع ذلك إلى ورثة الكفيل، وإن كان عديماً أخذه الغريم.

-قال يحيى: هذه رواية سوء-، وقالها[7] عبد الملك، وقال أشهب مثل قول ابن القاسم وروايته[8].

ومن المدونة: ولو مات الغريم؛ لعجل[9] الطالب دينه من ماله، فإن لم يدع مالاً؛ لم يتبع[10] الكفيل حتى يحل الأجل.

وإن مات الغريم ملياً، والطالب وارثه؛ برئ الحميل، لأنه إن أغرم للطالب شيئاً؛ رجع عليه بمثله في تركة الميت والتركة في يديه[11]، فصارت كمقاصة، وإن مات معدماً ضمن الكفيل، وأما في الحوالة فذلك على المحال [(ش: 13/ب)] عليه بأصل

---

(1) في (ف2): (وقال).

(2) في (ن): (و).

(3) انظر: المدونة: 9/196.

(4) في (ف2): (و).

(5) في (ن): (للورثة).

(6) قوله: (أيضا) ساقط من (ن).

(7) في (ف2): (وقاله).

(8) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 10/116.

(9) في (ن): (تعجل).

(10) في (ن) و(ش): (يدع)، والمثبت موافق لما في مطبوع تهذيب البراذعي: 4/17.

(11) قوله: (في يديه) يقابله في (ف2): (بيديه).

دين، مات الغريم الموروث ملياً أو معدماً[1].

وإن[2] تحمل لرجلين بحق لهما، فغاب[3] أحدهما وأخذ[4] الحاضر حصته، فللقادم الدخول معه فيما قبض إن كان الدين بكتاب واحد، إلا أن يكون أعذر إلى صاحبه عند السلطان، أو أشهد على ذلك دون السلطان، فلم يخرج معه، ولا وكّل؛ فحينئذٍ يكون ما قبض له خاصة[5]. وهذا في التفليس مذكور.

ولو رفع ذلك إلى الإمام، وشريكه غائب، والغريم مليّ بحقيهما، فقضى للحاضر بأخذ حقه، لم يدخل الغائب عليه فيه.

وإن أعدم الغريم، ولم[6] يكن معه إلا قدر حق أحدهما قضي للحاضر بما ينوبه في الحصاص، فإن جهل الإمام فقضى له بجميعه، كان للقادم أن يدخل معه فيه، لأنه كالتفليس.

قال غيره: إذا لم يكن عنده، إلا مقدار حق أحدهما، فقضى للحاضر، فإنه يدخل عليه القادم قضى له بحقه كله، أو بنصفه[7]، لأنه كالتفليس[8].

قال يحيى: ذهب ابن القاسم إلى أن يقضي ما ينوبه، ويقر الباقي بيد[9] الغريم، ولا يعجبني.

وإذا[10] دفع الغريم الحق إلى الكفيل فضاع، فإن كان على الاقتضاء، فهو من

---

(1) انظر: المدونة: 9/182.

(2) في (ف2): (فإن).

(3) في (ن): (فمات).

(4) في (ن): (وأخر).

(5) انظر: المدونة: 9/183، وتهذيب البراذعي: 4/18.

(6) في (ف2): (إن).

(7) في (ف2): (ببعضه).

(8) قوله: (قال غيره: إذا لم يكن... كالتفليس) ساقط من (ن)، وانظر المسألة في: المدونة: 9/183، 184.

(9) في (ن): (يد).

(10) في (ف2): (فإذا).

الكفيل عيناً كان أو عرضاً.

وفي باب الكفيل في السلم إيعاب هذا.

وإن تكفل[1] بمائة دينار هاشمية، فأداها دمشقية وهي دونها برضا الطالب رجع بمثل ما أدى، ولو دفع فيها عرضاً أو طعاماً[2].

قال يحيى بن عمر قوله: أو طعاماً لا يعجبني، فالغريم مخير في دفع مثل الطعام، أو قيمة العرض، أو ما لزمه من أصل الدين[3].

وقال في كتاب السلم: لا يجوز صلح الكفيل عن الغريم على طعام، أو بما يقضى بمثله، لأنه مخير عليه، ويجوز على ما يرجع إلى القيمة، فيرجع بالأقل من قيمة ذلك، أو من الدين[4]، ولهذا أنكر يحيى قوله في الطعام هاهنا[5].

ولو كان على طعام مصبر كان، كالعرض في إجازته.

ولو دفع ذهباً عن ورق، أو ورقاً عن ذهب؛ لم يجز وردّ، وللطالب أصل دينه، والحميل به حميل، وهو بخلاف المأمور يدفع غير ما أمر به.

وقد قال عبد الرحمن وغيره: أيضاً إن المأمور والكفيل إن دفعا ذهباً عن ورق أن الغريم أو الآمر مخير، إن شاء دفع ما عليه أو ما دفع هذا عنه، لأنه تعدى فيما دفعه، كدفعه عنه عرضاً، والتنازع في هذا كثير[6].

وقال يحيي: هذا كلام سوء.

وقال في كتاب التفليس: وإن أمرت رجلاً يقضي عنك ألف درهم، فدفع فيها دنانير، أو عرضاً أو طعاماً، فإنما يتبعك بمثل ما أمرته، لأنه سلف منه لك، وقد ذكر فيه اختلاف عن مالك، وأنه لا يربح في السلف.

---

(1) في (ن): (كفل).

(2) انظر: المدونة: 9/196، 197.

(3) انظر: التنبيهات المستبطة، لعياض، ص: 2261.

(4) انظر: المدونة: 6/339.

(5) زاد بعده من (ن) قوله: (في).

(6) انظر: المدونة: 9/197، 198.

وإذا أمرت من لك عليه دراهم يدفعها إلى من استقرضك[1]، فأعطاه بها دنانير برضاه، فذلك جائز، وليس لك منعه، وأستحب[2] لك اتباع الآخر بدراهم، والقول فيه[3] من مالك مختلف.

[(ش: 14/أ)] ولو قبض فيها عرضاً لم تتبعه إلا بدراهم، فإن استقرضك دنانير فأمرت من لك عليه دنانير بدفعها[4] إليه، وله هو على المستقرض دراهم فأراد مقاصته بها، فذلك جائز إن حلا[5].

وإن سأله أن يقضي عنه فلاناً ألف درهم، فأنعم له فمات الآمر قبل القضاء، فإن كان الطالب اقتعد من المأمور على وعد ورضيا بذلك، وانصرفا عليه لزمه الغرم، وهذه حمالة[6].

ومن الكفالة: ومن تكفل لك بمائة دينار[7] حالة، فأبرأته من خمسين على أن دفع إليك خمسين، فلا يرجع هو إلا بما أدى، ولك أنت اتباع الغريم بخمسين، لأن تلك البراءة براءة من الحمالة فقط.

وإن تكفل رجلان بألف درهم[8] فأخذ[9] أحدهما من الآخر مائة، على أن يدفع الألف[10] عنه وعن نفسه، فإن حلّ الأجل والطالب حاضر يقبض[11] مكانه؛ جاز، وإن اغتزى نفعاً بسلف لتأجيل[12] الدين، أو لغيبة الطالب، أو لغير ذلك؛ لم يجز.

---

(1) في (ن): (استقرضها).
(2) في (ف2): (وأحب).
(3) قوله: (فيه) زيادة من (ف2).
(4) في (ن): (يدفعها).
(5) انظر: المدونة: 9/113، ومابعدها.
(6) انظر: المدونة: 9/115.
(7) قوله: (دينار) ساقط من (ف2) و(ش).
(8) قوله: (درهم) زيادة من (ن).
(9) في (ن): (وأخذ).
(10) في (ن): (ألفا).
(11) في (ن): (يقتضي).
(12) في (ن): (لتأخير).

قال غيره: فإن أخذ المائة على أمر جائز، ثم صالح الطالب على خمسين رد إلى صاحبه خمسة وسبعين ثم رجعا على الغريم بخمسين بينهما نصفين.

وإن[1] صالحه على خمسين ومائة رد لصاحبه[2] خمسة وعشرين، ورجعا بخمسين ومائة بينهما سواء[3].

وإن صالح بمائتين؛ رجع كل واحد بمائة، وإن صالح بثلاثمائة؛ اتبع مخرج المائة الغريم بمائة، والآخر بما بقي، فإن ألفاه[4] عديماً؛ لم يكن لمخرج المائتين أن يرجع على صاحبه بشيء.

وإن أخذ الكفيل من الغريم سلعة على أن يدفع عنه مائة درهم تكفل عنه بها، ثم أغرمها الطالب للغريم[5]، فللغريم الرجوع بها على الكفيل، لأنه باعه السلعة بها.

ومن تكفل لك بطعام من سلم، فصالحته على تعجيل بعضه قبل محله، وهضم باقيه لم يجز إلا أن يحل الأجل فيجوز، ويرجع على الغريم بما أدى.

ولا يجوز صلحك الكفيل بعد الأجل على مثل الكيل، والجنس أجود صفة أو أردأ، ولا[6] على أقل كيلاً، وأجود صفة، ويجوز لك[7] أن تأخذ[8] من الغريم، مثل الكيل أجود صفة، أو أردأ بعد الأجل، لأنه كالبدل، وتبرأ ذمته.

وفي الكفيل يدخله بيع الطعام [(ش: 14/ب)] قبل قبضه، لأن المطلوب مخير[9] عليه.

---

(1) في (ف2): (فإن).

(2) في (ف2): (على صاحبه) وفي (ن): (إلى صاحبه).

(3) انظر: المدونة: 9/198، 199.

(4) قوله: (فإن ألفاه) يقابله في (ن): (فألفاه).

(5) قوله: (الطالب للغريم) يقابله في (ن): (للطالب الغريم).

(6) قوله: (لا) ساقط من (ن).

(7) قوله: (لك) زيادة من (ف2).

(8) في (ش): (يأخذ).

(9) في (ف2): (مجبر)، والمثبت موافق لما في تهذيب البراذعي: 4/32.

وأما في القرض، فجائز أن يعطيه[1] الكفيل بعد الأجل مثل المكيلة أجود صفة، أو أردأ[2].

وباقي هذا المعنى[3] في باب الكفيل في اختصار السلم.

في الجماعة يتحملون وكيف غرمهم وتراجعهم وأخذ حميل بعد حميل، أو حميل من حميل

قال مالك: إن أمر الناس أن الرجل يكتب حقه على الرجلين، على أن يأخذ الحي عن الميت، والملي عن المعدم، وذلك كحمالة أحدهما عن الآخر[4].

قال ابن القاسم: ولو تكفل ثلاثة بمال، فأعدم الغريم فليس للطالب على من لقى[5] من العملاء إلا ثلث الحق، إلا أن يشترط في أصل الكفالة له أن بعضهم حميل ببعض، فحينئذٍ إن غاب أحدهم أو أعدم؛ أخذ من وجد بجميع الحق، وإن لقيهم أملياء لم يأخذ من كل واحد إلا الثلث، إذ لا يُتبع الكفيل في حضور المكفول به[6] وملائه، ولو[7] شرط أيكم شئت أخذت بحقي، ولم يقل: بعضكم كفيل لبعض[8]، فله أخذ أحدهم بجميع الحق.

وإن كانوا حضوراً أملياء، ثم لا رجوع للغريم[9] على أصحابه ،إذ لم يؤد بالحمالة عنهم، ولكن عن الغريم.

قال: ولو قال: بعضكم كفيل ببعض، قال: مع ذلك أيكم شئت أخذت بحقي، أو

---

(1) في (ف2): (يقضيك)، وفي (ش): (يقضيه).

(2) انظر: 206/9، وما بعدها.

(3) قوله: (هذا المعنى) يقابله في (ن): (هذه المعاني).

(4) انظر: المدونة: 190/9.

(5) في (ف2): (بقي).

(6) قوله: (به) ساقط من (ن).

(7) في (ن): (فلو).

(8) في (ن): (ببعض).

(9) في (ن): (للغارم).

لم[1] يقل، فإنه إن أخذ من أحدهم في هذا جميع المال رجع الغارم على صاحبيه إن لقيهما بالثلثين.

وإن لقي أحدهما رجع عليه بالنصف[2].

وإن تكفل رجلان بمال، وكل واحد ضامن عن صاحبه، فغاب أحدهما وغرم الحاضر الجميع، ثم قدم الغائب والغريم وهما مليئان فله اتباع الغريم بالجميع، وإن شاء اتبعه بالنصف، ثم اتبع الكفيل الآخر بما أدى عنه، لأنه كدين له قبله لا كغريم حضر مع كفيل.

وإذا أخذ من الكفيل كفيلاً لزمه ما لزم الكفيل.

قال غيره: وكذلك[3] إن أخذ من كفيل[4] بالوجه كفيلاً بوجهه أو تكفل ثلاثة بالوجه وكل واحد حميل على صاحبه جاز.

ومن جاء به برئ هو والباقيان، لأنه كوكيلهما في إحضاره، وإن لم يكن بعضهم حميلاً ببعض[5] لم يبرأ من لم يأت به منهم من وجهه[6].

وإن أخذ منه بالمال كفيلاً بعد كفيل، فليس أخذ الثاني براءة للأول، وله أخذ أيهما شاء، بجميع الحق، وليس ككفيلين في صفقة، ولا أجعل أحدهما[7] كفيلاً عن الآخر.

قال غيره: في ستة نفر لرجل عليهم ستمائة درهم، على أن بعضهم حميل عن بعض بجميع المال، أو قد[8] قال: على أن كل واحد منهم حميل بجميع المال، قال: عن أصحابه[9] أو لم يقل أو قال: عن أحدهم، أو عن اثنين أو عن[10] ثلاثة **[(ش: 15/أ)]**

---

(1) قوله: (أو لم) يقابله في (ن): (أم).

(2) انظر: المدونة: 9/187، وما بعدها.

(3) قوله: (وكذلك) زيادة من (ف2).

(4) في (ن): (الكفيل).

(5) قوله: (حميلا ببعض) يقابله في (ف2): (حميل عن بعض).

(6) انظر: المدونة: 9/195.

(7) في (ن): (أحدهم).

(8) قوله: (قد) زيادة من (ن).

(9) في (ش): (أصحابي).

(10) قوله: (عن) زيادة من (ن).

منهم، أو أكثر أو عن جميعهم إلا أنه قال: بجميع المال[1]، قال في ذلك: ولا براءة له إلا بأدائها، أو لم يقل، فإن قال مع ذلك: أيكم شئت أخذت بحقي فله أخذ أحدهم بالجميع كان الباقون حضوراً أملياء أم لا.

وإن لم يذكر أيكم شئت أخذت بحقي، فإنه إن لقيهم مياسير أخذ كل واحد بمائة، فأما[2] إن لقي أحدهم فليأخذه بستمائة.

ثم إن لقي الغارم للستمائة أحد أصحابه، أخذه بمائة أداها عنه، وبنصف الأربعمائة التي أداها عن الباقين، لأنه حميل معه[3] بهم، فذلك ثلاثمائة.

ثم إن لقي أحدهما أحد الأربعة الباقين أخذه بخمسين عن نفسه، وبخمسة وسبعين بالحمالة عن أصحابه.

---

(1) عياض: مسألة: (الستة كفلاء)؛ ذكر فيها من التفسير والشرح في كتب أئمتنا ما لا مزيد عليه، ولكن ننبه على نكتة يغفل عنها كثير من الناس فربما وضعوا الخلاف في بعض وجوهها في غير موضعه والخلاف فيها في موضعين لا تخلو كفالتهم بعضهم ببعض أن يكون الحق عليهم، وهي مسألة الستة التي في الكتاب. أو يكون الحق على غيرهم وهي مسألة الثلاثة فيها، ومسألة الأربعة في العتبية، فأما إذا كان المال عليهم ثم ضمن بعضهم بعضاً على ما وقع في قول الغير في الكتاب فودى أحدهم المال، وهو ستة مائة على كل واحد مائة في الأصل ديناً، ثم لقي الثاني، فلا خلاف أنه يطالبه بما يقع عليه هو من المال، وهو مائة ولا يأخذ منه المائة التي ضمنها عنه في خاصته، ولكن يقتسمان ما بقي حتى يستويا فيه.

وأما إن كان الحق على غيرهم، وهم كفلاء فقط، بعضهم ببعض، فههنا اختلف إذا أخذ الحق من بعضهم ثم لقي الآخر، هل يقاسمه بالسواء في الغرم حتى يعتدلا؟ إذ الحق على غيرهم أو إنما يقاسمه بعد إسقاط ما يخصه من الحق، كالمسألة الأولى، وإلى التسوية ذهب ابن لبابة والتونسي وغيرهما. قالوا: لأنهم سواء في الحمالة، وليس يخص أحدهم ما لا يخص غيره، وإلى المحاسبة ذهب كثير من الشيوخ الأندلسيين ونحوه في كتاب محمد، وفي سماع أبي زيد في المستخرجة: وجعلوا ما ينوب كل واحد منهم من المال، وهو مائة بالحمالة، كما لو ثبت عليه من أصل دين كمسألة الستة في المدونة.اهـ.

انظر: التبيهات المستنبطة، ص: 2257، ومابعدها.

(2) في (ن): (وأما).

(3) في (ش) و(ف2): (معهم)، والمثبت موافق لما في تهذيب البراذعي: 4/ 23.

ثم قال: وكذلك إذا[1] لقي الرابع المأخوذ منه المال الثالث من الباقين، فإنه يأخذه بما أدى عنه في خاصته، وبنصف ما أدى عن أصحابه، وإنما[2] يعني أن المأخوذ منه المال أخيراً[3]، وهو ثالث الأولين، ورابع الباقين لقي الثالث من الباقين[4]، يعني أن الغارم لمائة وخمسة وعشرين[5]، لقي أحد الثلاثة الذين لم يغرموا شيئاً، فقال له: أديت خمساً وسبعين بالحمالة عن ثلاثة أنت أحدهم، فعليك منها في خاصتك خمس وعشرون، والخمسون الباقية أنت معي بها حميل، فعليك نصفها، فيأخذ منه خمسين[6].

ثم قال: فإن لقي الرابع المأخوذ منه الآخر من الأولين، وإنما يعني أن الغارم لستمائة الراجع منها بثلاثمائة، لم يلق أحداً[7] بعد ذلك، حتى لقي الرابع، يعني رابعاً من الباقين، وهو ثالث من الغارمين لقيه قبل أن يرجع هو أيضاً على أحد بشيء مما أدى، قال: فإن هذا الأول يقول له: بقي لي مما أديت بالحمالة مائتان عن أربعة أنت أحدهم، فعليك خمسون في خاصتك فيأخذها منه، ثم يقول له: بقيت لي خمسون ومائة دينار[8] أديتها عن أصحابك، وأنت معي بهم حميل، فيقول له هذا الرابع: قد أديت أنا عنهم[9] بالحمالة خمسة[10] وسبعين أيضاً لغيرك ساويتك في مثلها، بقيت لك خمسة[11] وسبعون لك علي نصفها فيدفع إليه سبعة وثلاثين ونصفاً، فهكذا تراجعهم حتى يستوي

---

(1) قوله: (عن أصحابه، ثم قال: وكذلك إذا) يقابله في (ن): (وكذلك إن).

(2) في (ن): (فإنه)، وفي (ف2): (فإنما).

(3) في (ن): (أجيراً).

(4) قوله: (لقي الثالث من الباقين) ساقط من (ن).

(5) في (ن): (وعشرون).

(6) في (ف2): (خمسة وعشرين).

(7) في (ن): (أحد).

(8) قوله: (دينار) زيادة من (ف2).

(9) في (ن): (معهم).

(10) في (ن): (خمسا).

(11) في (ن): (خمس).

مغـرمهم[1]، هـذا [(ش: 15/ب)] منتهـى مـا في الكتـاب، ولهـا شرح يطـول ذكره[2].

ومن كتاب محمد[3]: قال: وسواء شرط صاحب الحق على الحملاء، أيهم شاء أخذ بحقه، أو لم يكن إذا كان في شرطه أن بعضهم حميل ببعض، وليس لأحد الحملاء أن يرجع على بقيتهم بما يؤدي، إلا أن يشترط أن بعضهم حميل لبعض[4]، وإذا اشترط[5] أيهم شاء أخذ بحقه، ولم يذكر أن بعضهم حميل ببعض، فهو بمنزلة أن لو تحمل كل واحد منهم بجميع المال، وهم أربعة أو أقل[6] فمن أدى منهم جميع المال، لم يرجع على أصحابه بشيء من ذلك، حتى يشترط أن بعضهم حميل عن بعض[7].

معناه أراه[8]، لأنهم حملاء، وليس أصل المال عليهم.

---

(1) انظر: المدونة: 9/190، 191.

(2) عياض: كذلك اختلفوا في فصل من آخر المسألة، وهي: (إذا لقي الثاني من الستة الثالث) في مسألة الكتاب، فإنه قال: (يأخذه بخمسين قضاها عنه في خاصته من الدين الذي عليه، ويرجع عليه بخمسة وسبعين نصف ماأدى بالحمالة، وهي مائة وخمسون فجميع ذلك مائة وخمسة وعشرون)، وعلى هذا النحو حسب الفقهاء كلهم المسألة وصوروا التراجع بينهم إلى تمام المسألة.
وذهب أبو القاسم الطبري الفارض إلى أن العمل على هذا غلط في الحساب، وأن صورة التراجع من الثاني مع الثالث يجب أن يكون على غير هذا العمل بل يجب إذا التقى الثالث مع أحد الأولين وطلبه بالاعتدال معه أن يقول له الثالث: نحن الثلاثة كأنا اجتمعنا معاً باجتماع بعضنا ببعض، ولو اجتمعنا معا لكان المال علينا أثلاثاً مائتان على كل واحد، فعلي مائتان غرمتها أنت وصاحبك عني فخذ واحدة أنت، وهي التي تقع لك وسأدفع إلى صاحبك المائة التي دفع عني إذا لقيته فيستوي في الغرم كل واحد مائتين، كما لو اجتمعنا في دفعة واحدة، وهكذا إذا لقي الثالث الرابع، وهكذا في بقية سائر المسألة فانظرها في معاملات الطبري.اهـ.
انظر: التبيهات المستنبطة، ص: 2259 و2260.

(3) في (ن): (ابن المواز).

(4) في (ن): (عن بعض)، وفي (ف2): (ببعض).

(5) في (ف2): (شرط).

(6) قوله: (أو أقل) زيادة من (ن).

(7) قوله: (عن بعض) يقابله في (ف2): (ببعض)، وانظر المسألة في: النوادر والزيادات: 10/120.

(8) قوله: (أراه) ساقط من (ف2).

«ومن المدونة قال غيره في مسألة الستة المذكورة أولاً[1]: وأما إن تحمل بعضهم عن بعض على أن كل اثنين حميلين أو ضامنين بجميع[2] المال؛ قال في ذلك: عن أصحابهم، أو قال: عن كل اثنين، أو عن واحد، أو على أن كل واحد حميل بنصف المال، فذلك كله سواء.

فإن لقي اثنين منهم؛ أخذ كل واحد منهم بثلاثمائة، ولو لم يلق إلا واحداً؛ أخذه بثلاثمائة وخمسين منها مائة عن خاصته، ومائتين وخمسين بالحمالة، لأنه بنصف ما بقي تكفل، ثم إن لقي هذا الغارم أحد الباقين، أخذه بخمسين عن نفسه، وبنصف المائتين عن أصحابه، فإن[3] لقي الغارم الثاني أحداً ممن لم يغرم؛ قال له: أديت مائة بالحمالة عن أربعة أنت أحدهم، فهلُمَّ[4] خمسة وعشرين[5] عن نفسك، ونصف ما بقي بالحمالة، فهكذا تراجعهم حتى يستووا.

ولو قال: على أن كل ثلاثة حملاء عن ثلاثة، أو عن اثنين، أو عن واحد بجميع المال، أو لم يقل عن أحد، أو على أن كل واحد حميل بثلث المال، فهو سواء، فإن لقي ثلاثة أخذهم بالجميع، وإن لقي واحداً[6] أخذه بمائة عنه، وبثلث ما بقي، وذلك مائة[7] وستة وستون وثلثان.

وإن لقي اثنين أخذهما بمائة مائة عنهما، ثم ثلثي ما بقي، وذلك مائتان وستة وستون وثلثان[8]، وإذا لقي ثلاثة فأخذ منهم جميع المال، ثم لقي أحدهم أحد الذين لم يغرموا، فإنه يقول له: أديت مائة بالحمالة عن ثلاثة أنت[9] أحدهم، فهلمَّ ثلثها عن

---

(1) قوله: (في مسألة الستة المذكورة أولا) ساقط من (ف2).

(2) في (ن): (لجميع).

(3) في (ن): (ثم إن).

(4) في (ن): (فلهم).

(5) في (ن): (وعشرون).

(6) في (ن): (واحد).

(7) في (ن): (مائتان).

(8) قوله: (وإن لقي اثنين أخذهما بمائة مائة عنهما... وستون وثلثان) ساقط من (ن).

(9) قوله: (أنت) ساقط من (ش، ص).

خاصتك، ونصف باقيها بالحمالة عن الباقين، ثم إن لقي الآخذ لذلك أحد الثلاثة الغارمين معه أولاً نظر كم بقي للرابع[1] مما أدى بالحمالة، [(ش: 16/أ)] بعد أن أخذ ما ذكرنا، وكم أدى الذي لم يرجع على أحد بشيء مما أدى بالحمالة، فيرجع الذي لم يرجع بشيء على الذي رجع، بنصف ما فضله به، ثم إن لقي الثالث من الأولين الذين غرم معهم أولاً دخل معهم فيما بأيديهم[2] من قبل الثالث المرجوع عليه، حتى يصير بينهم أثلاثاً، ثم إن لقي أحدهم أحداً ممن لم يغرم شيئاً فأخذ منه ما يجب له، فإن ما أخذه من ذلك يكون لمن لقيه من الغارمين الدخول معه فيه، فهكذا تراجعهم حتى يكون ما يرجع بينهم[3].

في الحمالة بمجهول من دين، أو معاملة، أو عهدة، أو بشيء بعينه، أو إلى أجل مجهول، أو[4] من تحمل عن غائب، أو وصي، أو عن رجل بغير أمره فيما يلزمه، أو ما لا يلزمه

ولما جازت هبة المجهول جازت الحمالة به، لأنها معروف، والقضاء أن من أدى عن رجل حقاً قبله؛ كان له الرجوع به عليه، فمن تكفل بها لفلان على فلان، وهما غائبان وأشهد على نفسه، أو حاضران أو أحدهما لزمه، ولو أدى عنه حقاً عليه بغير أمره لرجع به عليه.

وكذلك من تكفل بحق عن صبي قضي به عليه فأداه عنه رجع به في ماله، وكذلك لو أدى عنه ما لزمه من متاع كسره، أو أفسده أو اختلسه.

قال في الخلع: ولو خالع زوجته بعد البناء، على أن ضمن[5] له الأب الصداق،

---

(1) في (ن): (للراجع).

(2) في (ف2): (في أيديهم).

(3) انظر: المدونة: 9/192، وما بعدها.

(4) في (ن): (و).

(5) في (ن): (ضمنه).

فلم ترض الابنة باتباع الأب، فلها أخذه من الزوج، وللزوج الرجوع به على الأب، وكذلك الأخ والأجنبي[1].

قال في كتاب الصلح: ومن قال لرجل[2]: أنا أصالحك من حقك، على فلان على كذا، ولم يقل: أنا ضامن لك؛ أن ذلك[3] الضمان يلزمه، وهو حق أداه عن الغريم.

وقد قال مالك فيمن صالح زوجاً عن زوجته على شيءٍ سماه: إن ذلك لازم، وعلى [(ش: 16/ب)] المصالح دفع ما سمى إلى الزوج، ولم يذكر فيه، وأنا[4] ضامن، فكذلك مسألتك، وإن لم يقل: وأنا ضامن فهو يلزمه[5].

قال في كتاب[6] المديان: ومن مات وعليه دين فتبرع رجل فضمن دينه، فذلك لازم ولا رجوع له عن[7] ذلك، فإن كان للميت مال رجع فيه بما أدى إن قال: إنما أديت لأرجع في ماله، وإن لم يكن له مال والضامن بذلك عالم؛ فإنه لا يرجع في مال إن ثاب للميت، لأنه بمعنى الحسبة، ومن ضمن لرجل ما له على ميت، ثم بدا له؛ فقد لزمه ذلك، لأن المعروف كله إذا أشهد به الرجل على نفسه لزمه[8].

ومن أدى عن رجل ديناً[9] عليه ثابتاً بغير أمره، أو دفع عنه مهر زوجته، فذلك جائز، وهذا إذا كان ذلك مرفقاً صنعه بالمطلوب، وأما إن أراد الضرر بطلبه، وإعناته وأراد سجنه لعُدْمه لعداوة بينه وبينه؛ منع من ذلك، وكذلك إن اشترى ديناً عليه

---

(1) انظر: المدونة: 4/183.

(2) في (ن): (لزوجته)، والمثبت موافق لما في المدونة.

(3) قوله: (ذلك) ساقط من (ف2).

(4) في (ف2): (فأنا).

(5) انظر: المدونة: 7/427.

(6) قوله: (كتاب) ساقط من (ن).

(7) في (ش): (على)، والمثبت موافق لما في المدونة.

(8) انظر: المدونة: 9/116 و117.

(9) في (ن): (مالاً).

تعنيتاً[1] له، لم يجز البيع، ورُدّ إن علم بهذا[2].

ومن قال: لي على فلان ألف درهم، فقال له رجل: أنا بها كفيل، فأتى فلان فأنكرها لم يلزم الكفيل حتى يثبت ذلك عليه ببينة.

محمد: لا بإقرار المطلوب الآن.

قال ابن القاسم:[3] وإن ادعى عليه حقاً فأنكره، فقال له رجل: أنا به كفيل إلى غد، فإن لم أوفك به في غد[4] فأنا ضامن للمال، فلم يأت به في غد فلا يلزم الحميل شيء، حتى يثبت الحق ببينة[5] فيكون حميلاً بذلك[6].

ومن كتاب الشفعة: ومن تكفل عن رجل، ولم يذكر ما عليه، فغاب المطلوب، فإن أثبت الطالب حقه ببينة أخذه من الكفيل، فإن لم تقم البينة[7]؛ حلف الكفيل على علمه، فإن نكل حلف الطالب واستحق[8].

---

(1) في (ف2): (تعنتا).

(2) انظر: المدونة: 9/118.

(3) قوله: (قال ابن القاسم) ساقط من (ش، ص).

(4) في (ن): (غده).

(5) في (ن): (بينة).

(6) انظر: المدونة: 9/177.

عياض: وقوله في الكتاب: (فيمن ادعى قبل رجل حقاً، وهو منكر، فقال رجل للطالب: أنا كفيل لك بوجهه إلى غد المسألة إلى قوله: ولا يكون له أن يأخذ من الكفيل شيئاً، إلا أن يقيم البينة على حقه)، ظاهر هذا اللفظ أن إقرار المنكر بعد لا يلزم الكفيل شيئاً إلا بإثبات البينة، وهو نص ما في كتاب محمد، ومثله في سماع عيسى في العتبية وعلى هذا حمل مذهب الكتاب بعضهم.

واستدل - أيضاً - بقوله بعد هذا في الكتاب في مسألة: (بايع فلاناً فما بايعته به من شيء فأنا ضامن له).

وقيل: بل إقراره كقيام البينة، وهو دليل الكتاب - أيضاً - من قوله: (فلم يجئ به من الغد) فذلك شرط ثبوت حقه ببينة.اهـ.

انظر: التبيهات المستنبطة، ص: 2255، 2256.

(7) في (ف2): (بينة).

(8) انظر: المدونة: 9/471، 472.

ومن قال للطالب ما قضي لك به على فلان، فأنا لك[1] به كفيل؛ لزمه ضمان[2] جميع ما قضي[3] به عليه.

وكذلك من تبرع بكفالة فهي له لازمة، وإن قال: احلف أن ما تدعي قبل أخي حق[4]، وأنا له ضامن، ثم رجع لم ينفعه، ولزمه إن حلف الطالب[5].

ولو تكفل له بما كان[6] ثبت[7] له قبل فلان، فمات الكفيل قبل ثبات الحق، ثم استحق قبله بعد موته، فإن ذلك في مال الكفيل.

وإن قال له: بايعه أو داينه، فما داينته به فأنا ضامنه؛ لزمه[8] إن ثبت مبلغه.

قال غيره: فيما يشبه أن يداينه بمثله[9]، ولو لم يداينه حتى بدا للحميل في الحمالة؛ فذلك له بخلاف قوله: احلف وأنا ضامن، ثم رجع قبل اليمين، فهذا لازم له[10].

وإذا [(ش: 17/أ)] ضمن له ما أدركه من درك في جارية ابتاعها من رجل، أو دار، أو غيرها، جاز ذلك ولزمه الثمن[11]، حين أدرك[12] في غيبة البائع وعدمه[13].

قال في كتاب الشفعة: ولا يضمن له قيمة ما زاد في الدار من بناء، ولكن إن دفع

---

(1) قوله: (لك) زيادة من (ن).

(2) قوله: (ضمان) ساقط من (ن).

(3) في (ن): (قضي).

(4) في (ف2): (حقا).

(5) انظر: المدونة: 9/184.

(6) قوله: (كان) زيادة من (ش).

(7) في (ن): (ناب).

(8) قوله: (لزمه) ساقط من (ش) و(ن).

(9) في (ف2): (لمثله فله).

(10) انظر: المدونة: 9/186.

(11) في (ف2): (اليمين).

(12) في (ف2): (الدرك).

(13) انظر: المدونة: 9/199 و200.

المستحق إلى المبتاع قيمة البناء أخذها، وإلا دفع إليه المبتاع قيمة داره بغير البناء الذي زاد، فإن أبيا كانا شريكين، ثم يرجع في ذلك كله على البائع بالثمن فقط، فإن غاب أو أعدم أخذ به الضامن[1].

وإن[2] شرط خلاص السلعة؛ لم تجز الكفالة، ولم تلزم.

قال غيره: يلزمه وهو أدخل المشتري في غرم ماله، فعليه الأقل من قيمة السلعة يوم يستحق أو الثمن الذي أدى، إلا أن يكون الغريم ملياً حاضراً فيبرأ.

قال ابن القاسم: ولو شرط المبتاع[3] على البائع خلاص السلعة في الدرك، فأخذ بذلك كفيلاً بطل البيع والكفالة، كمن باع ما ليس له، وشرط له[4] خلاصه، ولولا أن الناس كتبوا هذا في وثائق الأشرية لا يريدون به[5] الخلاص، ولكن تشديداً في التوثيق[6] لنقضت به البيع، ولو عقد البيع على اشتراطه فسد البيع[7].

---

(1) انظر: المدونة: 9/477.

(2) في (ن): (فإن).

(3) قوله: (المبتاع) زيادة من (ف2).

(4) قوله: (له) زيادة من (ف2).

(5) قوله: (به) ساقط من (ن).

(6) في (ن): (الوثيق).

(7) انظر: المدونة: 9/200، 201.

عياض: ثم قال: (فإن اشترط المشتري على البائع الخلاص، وأخذ منه به كفيلاً أن ذلك لا يحل). وقال آخر الباب في اشتراط ذلك على البائع: (أنه فاسد ينقض به البيع)، حمل بعضهم أن الكلام الأول لم تكن الكفالة مشترطة في العقد فسقطت، وصح العقد، وهي في الأخرى مشترطة في العقد، ففسد الجميع وإنما كانت بين الكفيل والمشتري دون البائع على أنه بعيد من قوله: (فإن أعطاه كفيلاً فإنما يعطيه للبائع)، وقد أشار بعضهم إلى أنه إنما تعرض أولاً للزوم الكفالة، وإسقاطها، وتكلم أخيراً على جواز البيع أو فساده فمذهبه في الكتاب فساده، وإن اشترط خلاص السلعة على البائع بكفيل، كما نص عليه أول الكتاب أو بعده كما نص عليه آخره، وقيل: يختلف في جوازه، وإسقاط الشرط أو يصح إن أسقط الشرط، ويفسد بالتمسك به، وقال غيره: يرجع بالأقل؛ لأنه أدخل المشتري في دفع ماله فعليه الأقل من قيمة السلعة يوم تستحق أو الثمن يبين أنه إنما تكلم إذا استحقت، قالوا: ولو لم تستحق، وقد فاتت رد البيع ولزمت المشتري القيمة ولو وجد عديماً لم يكن على الكفيل شيء في قولنا جميعاً؛ لأنه إنما ضمن تخليصها من الاستحقاق =

وما ابتعت بعينه لم يجز أن تأخذ به[1] كفيلاً، كان حاضراً أو غائباً على صفة قريب[2] الغيبة، أو بعيدها[3]، كما لا يجوز للبائع ضمان مثله إن هلك.

=

وهذه قد خلصت له، ولم تستحق.
وقوله في الكتاب: (ولولا أن الناس اشترطوا هذه الشروط في البيع الأول على أنهم لا يريدون بذلك الخلاص إنما كتبوه على وجه التوثقة كفيلاً فإنما يعطيه للبائع)، وقد أشار بعضهم إلى أنه إنما تعرض أولاً للزوم الكفالة، وإسقاطها، وتكلم أخيراً على جواز البيع أو فساده فمذهبه في الكتاب فساده، وإن اشترط خلاص السلعة على البائع بكفيل، كما نص عليه أول الكتاب أو بعده كما نص عليه آخره، وقيل: يختلف في جوازه، وإسقاط الشرط أو يصح إن أسقط الشرط، ويفسد بالتمسك به.
وقال غيره: يرجع بالأقل؛ لأنه أدخل المشتري في دفع ماله فعليه الأقل من قيمة السلعة يوم تستحق أو الثمن يبين أنه إنما تكلم إذا استحقت، قالوا: ولو لم تستحق، وقد فاتت رد البيع ولزمت المشتري القيمة ولو وجد عديماً لم يكن على الكفيل شيء في قولنا جميعاً؛ لأنه إنما ضمن تخليصها من الاستحقاق وهذه قد خلصت له، ولم تستحق.
وقوله في الكتاب: (ولولا أن الناس اشترطوا هذه الشروط في البيع الأول على أنهم لا يريدون بذلك الخلاص إنما كتبوه على وجه التوثقة والتشديد لنقضت به البيع)، كذا في كتاب ابن عتاب وابن المرابط، وكثير من النسخ، وعليه اختصر أبو محمد وغيره؛ أي أنهم لم يعقدوا بيعهم على القيام والمطالبة بهذا وإنما يكتبه الموثقون تشديدا، وتوثقة فلذلك لم ينقض به البيع.
ولو كان على المطالبة بذلك أو عقد عليه البيع؛ لنقضه به على أصله في المسألة المتقدمة - هنا - التي هي متأخرة في الأم بعد هذا، وهو معنى قوله: والبيع الأول؛ أي حين العقد لا حين كتب الوثيقة، وعقدها في ثاني حال.
ووقع في نسخ كثيرة: ولو أن الناس اشترطوا، بإسقاط لا، وجاء بالمسألة على معنى المسألة الأخرى، وإن ما يكتب ويعقد سواء وعلى إسقاط لا اختصرها ابن أبي زمنين.
وفي بعض النسخ: ولو ما أن الناس، وهي بالمعنى رواية ابن أبي زمنين، وما صلة للكلام زائدة ورجح بعضهم هذه الرواية وصححها، قال: لأن الشرط أفسد العقد ولا يراعى فعلها والأول أبين؛ لأنه قد قال: (إنهم لا يريدون بذلك الخلاص إنما هي عادة يكتبها الموثقون) لم يكن من المتبايعين ذلك في عقدهما أو كانت العادة عندهم، وإن قصدوا كتبها ألا يطالب بها لخلاص، فهذا صحيح الفعل، وقبيح اللفظ فلا اعتبار به.اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2262، وما بعدها.

(1) قوله: (به) زيادة من (ف2).
(2) في (ن): (قربت)، وفي (ف2): (قريبة).
(3) في (ن): (بعدت).

ولا بأس أن يتكفل بمال إلى خروج العطاء، وإن كان العطاء مجهولاً إن كان في قرض[1] أو في تأخير بثمن بيع صحت عقدته، وإن كان في أصل بيع لم يجز إذا كان العطاء مجهولاً[2].

وقال في كتاب السلم فيمن أسلم في طعام، وأخذ برأس المال كفيلاً: إنه بيع لا خير فيه[3].

قال سحنون: وذلك إذا كان في أصل الصفقة وأما إن كان بعد أصل الصفقة فتفسخ الحمالة، ولا يفسخ السلم ويغرم الحميل الدراهم فيشتري بها طعاماً فقضاه، وإن لم يف به فليس عليه أكثر من ذلك.

وفي كتاب[4] التدليس: ذكر ضمان العهدة[5] من معاني هذا الباب، وفي البيوع الفاسدة مسألة من هذا، وفي اختصار السلم.

في الكفالة بالكراء والصنعة، والخدمة والكتابة والحدود، ومن أخذ كفيلاً على أن أسلف، أو أخر بدين والجهل في الكفالة، وجامع القضاء في الكفالة والدعوى فيها

[(ش: 17/ب)] والقضاء أن كل ما يلزم الذمة، فالكفالة به جائزة.

وأما الحدود والأدب فلا[6].

ولا تحل كفالة بأجر، وهو خطر وسلف بنفع، ولا بأس بأخذ حميل بالحمولة المضمونة.

---

(1) في (ف2): (مرض).

(2) انظر: المدونة: 9/218، 219.

(3) انظر: المدونة: 6/346.

(4) قوله: (كتاب) ساقط من (ن).

(5) قوله: (العهدة) ساقط من (ن).

(6) انظر: المدونة: 9/209.

ولا يجوز في دابة بعينها، إلا أن يتكفل برد بقية الكراء عند موتها، فذلك جائز.

وإن فرّ الكريّ في الكراء المضمون، فاكترى الكفيل للطالب بضعف الكراء، وجب له الرجوع بذلك، كما يرجع به المكتري إذا أداه إذا أكرى له السلطان، ولا حميل له.

وإن آجرت من يخدمك شهراً، لم يجز أخذك حميلاً بالخدمة.

ولو مات عبد في إجارتك، فأعطاك سيده أجيراً يعمل كعمله؛ لم يجز، وهو دين في دين، وإن آجرته يخيط بنفسه ثوبك؛ جاز، ولا تجوز الحمالة بذلك العمل في حياة الصانع أو مماته، ولا كفيلاً به حتى تعمله، ولا تجوز كفالة بالكتابة[1].

وأما من عجل عتق عبده[2] على مال؛ جازت الكفالة بذلك، يريد لأنه في الذمة، وكذلك إن قال له: عجل عتق مكاتبك، وأنا بباقي[3] كتابته كفيل؛ جاز، وله الرجوع بذلك على المكاتب، ولا تجوز الكفالة في الحدود، ولا في الأدب والتعزير[4] ولا يلزم[5].

قال بكير: ولا في دم ولا في[6] زنا أو[7] سرقة، أو شرب خمر[8].

ولا يجوز أن تأخذ حميلاً من غريمك، على أن تؤخره بدين لم يحل إلى أبعد من أجله، لأنه سلف بنفع، ولو كان ذلك بعد محله على أن تؤخره لجاز، وكذلك الرهن فيما يحل ويحرم، لأنه ملك قبض دينه مكانه، فتأخيره به كابتداء سلف على حميل، أو رهن.

قال غيره: في أخذه حميلاً[9] قبل[10] الأجل على التأخير؛ لا يلزم الحميل شيء،

---

(1) انظر: المدونة: 9/213، ومابعدها.

(2) في (ش)، (ن): (عتقاً).

(3) في (ف2): (بما في).

(4) في (ف2): (ولا في التعزير).

(5) قوله: (ولا يلزم) زيادة من (ن).

(6) قوله: (في) زيادة من (ف2).

(7) في (ف2): (ولا).

(8) انظر: المدونة: 9/209.

(9) قوله: (حميلا) زيادة من (ف2).

(10) في (ن): (بعد)، والمثبت موافق لما في المدونة.

ولا يكون به الرهن رهناً، وإن قبض في فلس أو موت، ولا بأس بأخذ كفيلٍ قبل الأجل إلى الأجل أو إلى دونه[1].

وفي البيوع الفاسدة: من باع على حميل أو رهن[2].

وفي الرهون: من أسلف على أن يأخذ حميلاً، أو رهناً بدينه [(ش: 18/أ)] الأول، وبهذا الثاني[3] أو يباع على البائع عقاره[4] فيما يقضى عليه به من دين[5]، ويؤدى[6].

ولا يؤخذ بذلك من المقضي له[7] كفيل، وكذلك من قضي له برَبع أنه وارثه، وهذا جور ممن فعله من القضاة.

ومن كانت بينه وبين رجل خلطة، فادعى عليه دعوى؛ لم يجب له عليه كفيل بنفسه حتى يثبت حقه.

قال غيره: إن ثبتت الخلطة؛ أخذ منه كفيلاً بنفسه حتى يثبت حقه[8].

وإذا[9] أثبت شاهداً فله أخذ كفيل.

قال: وإذا ادعى عليه بدعوى فليس له أخذ كفيل إلى أن يأتي[10] بالبينة، إلا أن يدعي بينة في السوق ونحوه، فليوقف[11] القاضي المطلوب[12] عنده إلى

---

(1) انظر: المدونة: 9/203.

(2) انظر: المدونة: 7/82.

(3) قوله: (الثاني) ساقط من (ن).

(4) قوله: (البائع عقاره) يقابله في (ف2): (الغائب أعقاره).

(5) قوله: (من دين) ساقط من (ن).

(6) انظر: المدونة: 9/308.

(7) في (ن): (به).

(8) انظر: المدونة: 9/205.

(9) في (ف2): (وإن).

(10) قوله: (إلى أن يأتي) يقابله في (ف2): (حتى تأتي).

(11) في (ش) و(ن): (فليوقفه).

(12) قوله: (المطلوب) زيادة من (ف2).

أن يأتي بها.

وإذا كان له عليه ألف درهم[1] من قرض، وألف من كفالة، فقضاه ألفاً، ثم ادعى أنها من الكفالة، وقال المقتضي: بل هي القرض، قضى بنصفها عن[2] القرض ونصفها عن الكفالة، يريد ويحلفان[3].

قال غيره: القول قول المقتضي مع يمينه، لأنه مؤتمن مدعى عليه.

قال ابن المواز: وسواء ادعى كل واحد أنه بين ذلك عند القضاء، أو قال: كان ذلك نَوَيْنَا[4]، وقاله سحنون.

وورثة الدافع في قوليهما[5] كالدافع[6].

وإن قال له[7]: إن لم أوافك بغريمك غداً، فأنا ضامن لما عليه فمضى الغد وادعى أنه وافاه به، فالبينة عليه، وإلا غرم إلا أن يوافيه به[8] الآن قبل الحكم عليه، فيبرأ[9].

وإن ابتاع ثلاثة سلعة، وكفل بعضهم ببعض في الثمن على أن يأخذ البائع أيهم شاء بحقه، فمات أحدهم فادعى ورثته أن الميت دفع جميع الثمن إلى البائع، وأقاموا شاهداً فإنهم يحلفون معه، ويبرأ وليهم، ويرجعون على الشريكين بما ينوبهما.

فإن نكل الورثة لم يحلف الشريكان، مع الشاهد لأنهما يغرمان، إلا أن يدعيا أنهما

---

(1) قوله: (درهم) زيادة من (ف2).

(2) في (ف2): (على).

(3) في (ن): (ويحلفا)، وانظر المسألة في: المدونة: 9/179.

(4) قوله: (قال ابن المواز وسواء ادعى كل واحد أنه... نوينا) زيادة من (ن)، وانظر المسألة في: النوادر والزيادات: 10/137.

(5) في (ف2): (قولها).

(6) انظر: المدونة: 9/180.

(7) قوله: (له) زيادة من (ن).

(8) قوله: (به) ساقط من (ن).

(9) انظر: المدونة: 9/204.

دفعا إلى الميت، وأمراه بالدفع فيحلفان مع الشاهد، ويبرآن[1].

وإن تكفلت[2] امرأة بزوجها، ثم ادعت أنه أكرهها لم تصدق إلا ببينة، ويلزمها ذلك وإن أحاط الدين بمالها إن كانت مرضية[3].[(ش: 18/ب)]

في كفالة المريض وإقراره، وكفالة ذات الزوج والمولى عليه، والأخرس والعبد والمديان، ومن تكفل عن عبده، أو أخذ منه حميلاً أو أمره أن يتحمل

والسنة أن معروف المريض في ثلثه، والكفالة معروف، ولا يجوز من معروف ذات الزوج إلا الثلث فأقل إلا بإذنه، والقضاء رد أفعال المولى عليه، والعبد المضروب على يديه.

فمن تكفل في مرضه فذلك في ثلثه، وإن تداين بعد ذلك في مرضه؛ كان دينه في رأس ماله مبدأ، وإن تكفل لوارث أو غيره، ثم صحَّ؛ لزمه ذلك كإبتال الصدقة[4].

[5] والكفالة للصديق الملاطف في المرض جائزة في الثلث، ولا يجوز لوارث، وكذلك إن أقرَّ في مرضه أنه تكفل في مرضه هذا لصديق ملاطف فإقراره جائز، إلا أن يكون عليه دين يغترق[6] ماله، فلا يجوز، وكذلك إن أقرَّ له بدين فإن كان ذا دين يغترق ماله؛ لم يجز إقراره، وإن لم[7] يكن ذا دين؛ فإقراره له يجوز إن ورثه ولده[8]،

---

(1) انظر: المدونة: 9/208، 209.

(2) قوله: (وإن تكفلت) يقابله في (ف2): (وإذا كفلت).

(3) انظر: المدونة: 9/227.

(4) انظر: المدونة: 9/211 و212.

(5) هٰهنا بدأت النسخة (ح) وهي نسخة مراكش الحمراء.

(6) في (ح): (يغرق).

(7) قوله: (لم) ساقط من (ح).

(8) عياض: وقوله في: (التهمة في الإقرار في المرض للصديق الملاطف مع الدين؛ لأنه لا تجوز وصيته) ولا يتهم إذا أقر له في غير دين، وكان يورث بولد أو كلالة سقط من كثير من الروايات: أو كلالة ولم يكن في كتاب ابن عتاب وكتبه خارجا، وقال: كذا في أخرى وكتب على ما في الأم كذا لإبراهيم؛ =

ويجوز[1] الوصية له[2] في الثلث إن[3] وُرث بولد أو كلالة[4].

سحنون: فإن ورثه كلالة[5] لم يجز إقراره له ....

=

لأنه تجوز وصيته، وكذا في رواية يحيى بن عمر، وكذا عند الدباغ والأبياني في غير كتاب ابن عتاب؛ يعني مع الورثة ما كانوا إذا لم يكن عليه دين، وعند ابن وضاح؛ لأنه لا تجوز وصيته، وهو الذي في أصل ابن المرابط؛ يعني إذا كان عليه دين، وكلا الروايتين ترجع إلى معنى واحد.

فقوله: (لأنه لا تجوز وصيته) يرجع إلى ما قبله من قوله: (لو أوصى مع الدين لم تجز)، فكذلك إذا أقر في مرضه بكفالة ثم استأنف الكلام عد بقوله: (ولا يتهم إذا أقر له من غير دين)؛ يريد بدين (وكان يورث بولد)، ولا يثبت - هنا - زيادة ولا كلالة على مذهَبِه، وأما على رواية غير ابن وضاح؛ لأنه تجوز وصيته ولا يتهم إذا أقر له من غير دين فكلام صحيح ثم يكون قوله بعد ذلك: (وكان يورث بولد)، عائد على الإقرار وعلى زيادة أو كلالة، يرجع الكلام إلى الوصية أو الإقرار بما فعل في المرض، فبهذا البيان تصح الروايات كلها.

وقوله فيمن: (أقر في مرضه أنه تكفل في الصحة عن رجل وارث أو غير وارث. قال: إقراره لوارث بالدين في مرضه لا يجوز).

وقال: (في الرجل يقر في مرضه فيقول: كنت تصدقت على فلان بداري في صحتي أو بدابتي أو حبست كذا أو أعتقت عبدي في صحتي لا يكون هذا في ثلث ولا غيره، وإقراره هذا باطل كله)؛ كذا جاء هذا الكلام فيعد بقوله: (ولا يتهم إذا أقر له من غير دين)؛ يريد بدين (وكان يورث بولد)، ولا يثبت - هنا - زيادة ولا كلالة على مذهَبِه، وأما على رواية غير ابن وضاح؛ لأنه تجوز وصيته ولا يتهم إذا أقر له من غير دين فكلام صحيح ثم يكون قوله بعد ذلك: (وكان يورث بولد)، عائد على الإقرار وعلى زيادة أو كلالة، يرجع الكلام إلى الوصية أو الإقرار بما فعل في المرض، فبهذا البيان تصح الروايات كلها.

وقوله فيمن: (أقر في مرضه أنه تكفل في الصحة عن رجل وارث أو غير وارث. قال: إقراره لوارث بالدين في مرضه لا يجوز)، وقال: (في الرجل يقر في مرضه فيقول: كنت تصدقت على فلان بداري في صحتي أو بدابتي أو حبست كذا أو أعتقت عبدي في صحتي لا يكون هذا في ثلث ولا غيره، وإقراره هذا باطل كله)؛ كذا جاء هذا الكلام في.اهـ.

انظر: التبيهات المستنبطة، ص: 2266، وما بعدها.

(1) في (ن): (وتجوز).

(2) قوله: (له) ساقط من (ش).

(3) قوله: (إن) ساقط من (ح).

(4) انظر: المدونة: 210/9.

(5) بياض بالأصل بمقدار خُمس الصفحة.

في[1] ثلث، ولا في[2] غيره، وفي الوصايا بيان هذا.

قال ابن القاسم: ولو صح أُخِذ بإقراره لوارث، أو لصديق ملاطف، ولو قامت بعد الموت بينة أنه أقر في صحته بكفالة لوارث، أو عتق كان في رأس ماله.

وقوله في المرض: كنت[3] تكفلت، أو أعتقت، أو تصدقت في صحتي على فلان، فلا يجوز في ثلث، ولا في[4] غيره[5]. [(ش: 19/أ)]

وما فُهم عن الأخرس أنه فهمه من كفالة، أو غيرها لزمه[6].

وللمولى عليه باب في[7] اختصار التفليس، وفيه ذكر أفعال ذات الزوج، والبكر، ويجوز من كفالة ذات الزوج، و[8] معروفها مثل الثلث فأقلَّ فإن جاوزته؛ بطل جميعه.

---

(1) في (ش): (لا).

(2) قوله: (في) ساقط من (ف2).

(3) قوله: (كنت) زيادة من (ن).

(4) قوله: (في) ساقط من (ن) و(ح).

(5) عياض: جاء بمسألة الصدقة والحبس والعتق، وفصل بعضهم إقراره بالكفالة، فقال: (إن أقر في مرضه أنه تكفل في صحته في أصل عقد بيع أو قرض فهو دين يلزم وليس بمعروف لأنه أخرج به الملك من يد مالكه، وإن أقر بكفالة بعد العقد فهو معروف كالصدقة والحبس وهذا لا يخالفه الآخر؛ لأنه لا يكون دينا إلا بكونه في العقد)، كما ذكروا.

وأما العتق فكما قال في الكتاب: (لا يلزم في ثلث ولا غيره) فأنفذوها كالصدقة والحبس وغير ذلك؛ لأنه اعترف بفعل في الصحة، وهو في مرض لا تجوز فيه أفعاله إلا في الثلث فما فعله في مرضه أو أوصى به إلا أن يقول: في هذه الأشياء فأنفذوها فإنها تخرج من الثلث، وذكر محمد أنه روى عن مالك أن العتق في هذه المسألة ينفذ من الثلث؛ إذ لو ثبت نفذ من رأس المال، بخلاف الصدقة والحبس، إذ لو ثبت لم ينفذ لعدم الحوز.

قال محمد: وهذا غلط ويبطل ذلك كله. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2269.

(6) انظر: المدونة: 9/210 و211.

(7) في (ح): (مع).

(8) قوله: (أو لبكر ويجوز من كفالة ذات الزوج و) زيادة من (ن) و(ح).

بخلاف الوصية إلا أن تزيد[1] مثل الدينار وما قلَّ فيجوز ذلك.

قال مالك: فيمن أوصى في جارية أن تعتق[2] إن حملها الثلث، وإلا فلا، فزادت[3] على الثلث ديناراً أو[4] دينارين، قال: لا تُحْرَم[5] العتق بمثل هذا.

قال ابن القاسم: وتتبع به الجارية إن لم يكن معها شيء[6].

أنكره[7] سحنون، وقال: هذا من باب الاستسعاء[8]، وأخذ برواية ابن وهب أن ما زاد يرق منها ويعتق ما حمل الثلث منها.

وقيل: يعتق جميعها، ولا تتبع[9] بشيء.

قال[10] في المدونة: ورأى[11] المخزومي أن كفالة ذات الزوج كالوصية يصح منها[12] الثلث ويبطل ما ناف.

قال غيره: ليس كالوصية إذ قد تجوز[13] وصية من[14] لم يبلغ، ولا يجوز صنيعه

---

(1) في (ح): (يزيد).

(2) قوله: (في جارية أن تعتق) يقابله في (ن): (في جارية بأن تعتق)، وفي (ش): (بعتق جارية).

(3) في (ش): (فزادته).

(4) في (ح): (و).

(5) في (ش) و(ح): (لا يحرم).

(6) انظر: المدونة: 9/224.

(7) في (ن): (أنكر هذا).

(8) اسْتِسْعاءُ العَبْدِ إذا عتق بَعضهُ ورَقَّ بعضهُ هو أَنْ يَسْعَى في فَكاكِ ما بَقي من رِقِّه فيَعْمَلَ ويكسِبَ ويَصْرِفَ ثَمَنه إلى مولاه فسُمِّي تصرُّفه في كَسْبه سِعايةً، انظر: لسان العرب، لابن منظور: 14/384.

(9) في (ش) و(ح): (يتبع).

(10) في (ف2): (وقال).

(11) في (ش) و(ح): (وروى).

(12) في (ش) و(ح): (منه).

(13) في (ش) و(ح): (يجوز).

(14) في (ن): (لمن).

في صحته في ثلث، ولا في[1] غيره[2].

ولا تجوز لسفيه، أو سفيهة كفالة، ولا غيرها.

وإن أجاز الزوج كفالة زوجته الرشيدة في أكثر من الثلث جاز، تكفلت عنه أو عن غيره، ولا تجوز كفالتها عنه بغير إذنه في الكثير، ولها البيع والشراء ما لم تحاب، فتكون[3] محاباتها في الثلث، ويجوز للأيم التي لا يولى عليها الكفالة بمالها كله وعطيتها إياه[4].

وروى عبد الرحيم عن مالك: أن البكر إن عنست[5] عند أبيها وهي مرضية؛

---

(1) قوله: (في) زيادة من (ف2).

(2) انظر: المدونة: 9/226، 227.

(3) في (ش) و(ف2)و (ح): (فيكون).

(4) انظر: المدونة: 9/223.

(5) عياض: ومعنى التعنيس: كبر المرأة في بيت أبويها. ويقال أيضاً: للتي بقيت مدة لم تتزوج. ويقال ذلك في الرجل - أيضاً - إذا بقي بعد إدراكه لا يتزوج زماناً، وهي في عرف الفقهاء في البكر إذا كبرت، ولم تتزوج لكنهم أجروا حكمها في أفعالها قبل التزويج، وبعده سواء، يقال: عنست المرأة، وعنست بفتح العين، وضمها، وتشديد النون، وفتحها مع الفتح وكسرها مع الضم، ويقال - أيضاً - عنست بفتح العين وضمها، وتخفيف النون فهي عانس ومعنسة، ويقال: أعنست -أيضاً - وأصل الكلمة من القوة والتمام ورأيت لبعض أهل اللغة أنها لا تسمى بذلك لأقل من ثلاثين سنة. واختلف الفقهاء في ذلك في ذات الأب، وفي اليتيمة من أقل من ثلاثين إلى الستين سنة وبعدها من انقطاع الحيض، بما هو معلوم في كتب أئمتناومسألة: (الجارية البكر التي عنست)؛ ذكر فيها قول ابن القاسم أولاً أن أفعالها على الجواز، وإن كره الوالد، وأنها مخالفة للبكر التي... لم تعنس.
ثم ذكر قول مالك: (أنها لا تجوز)، ثم ذكر رواية عبد الرحيم؛ كذا ثبتت هذه الأقوال على نصوصها في الأم؛ وكثير من النسخ وعليه اختصر البرادعي. سقط قول ابن القاسم أولاً في نسخ، ولم يكن في أصل ابن المرابط ولا في أصل ابن عتاب وخرجه خارجاً، وكتب عليه: طرحه ابن وضاح وحوق عليه في كتاب ابن سهل وطرحها ابن وضاح وابن باز وعلى طرحها اختصر أبو محمد وابن أبي زمنين، وقوله في المسألة الثانية عند الجميع قلت: أرأيت الجارية البكر التي قد بلغت، وعنست في بيت أبيها، كذا في كتاب ابن المرابط، وعند غيره في بيت أهلها زاد في كتاب ابن المرابط ورضي حالها وسقط لغيره وسقط من كتاب ابن وضاح قوله في آخر هذه المسألة ولكن وجدته في كتاب عبد الرحيم، وفي كتاب ابن المرابط على قوله: (أليس قد قال مالك مرة: إذا عنست جاز أمرها قال: لم

جاز صنيعها من كفالة و[1] غيرها.

وقال ابن القاسم: لا يجوز[2] ذلك وإن عنست.

قال ابن القاسم: ومعروف البكر، وكفالتها لا تجوز[3]، وإن أجازها[4] الأب، ولا تجوز عطيتها[5] لأحد الأبوين[6] أو لهما أو لغيرهما، كالصبي والمولى عليه[7].

ولا تجوز كفالة عبد مأذون، أو غير مأذون إلا بإذن السيد، وإن كان المأذون عليه دين أحاط به؛ لم تجز كفالته، وإن أذن له السيد[8].

وإن تكفل مكاتب أو مدبر أو أم ولد بغير إذن السيد؛ لم يجز ذلك إن رده السيد، فإن رده؛ لم يلزمهم وإن عتقوا، ولو[9] لم يرد ذلك حتى عتقوا؛ لزمهم في كل ما ذكرنا.

قال غيره: لا يجوز[10] في المكاتب وإن أذن له؛ لأنه داعية إلى رقه.

وإن تحمل عبد بدين عن سيده بإذنه، بيع فيه في موت السيد وفلسه، إن اتبع الطالب به ذمة السيد[11]، وإن شاء اتبع به العبد، فكان ذلك له في ذمته.

قال غيره: ليس ذلك له، وإنما له أن يتبع ذمة العبد بما عجز عنه مال السيد[12].

أسمعه أنا قط منه) ولكن وجدته في كتاب عبد الرحيم صح ليحيى بن عمر وحده.اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2271، وما بعدها.

(1) في (ن): (أو).

(2) في (ش): (لا يجد).

(3) في (ن): (لا يجوز).

(4) في (ن): (أجازه).

(5) قوله: (ولا تجوز عطيتها) يقابله في (ش) و(ح): (ولا يجوز عليها).

(6) في(ش) و(ح): (أبويها).

(7) انظر: المدونة: 9/221، 222.

(8) انظر: المدونة: 9/215.

(9) قوله: (لو) زيادة من (ن).

(10) في (ش): (لا تجوز).

(11) في (ن): (سيده).

(12) انظر: المدونة: 9/215، 216.

عياض: وقوله: (ما تحمل به العبد من دين بإذن سيده، فأفلس سيده أو مات بيع العبد إن طلب

وإن تحمل عن أجنبي بإذن السيد لزم ذلك ذمة العبد.

وتجوز كفالة العبد، أو من فيه بقية رقّ لسيده، ولا يجبره على ذلك، ولا يلزمه إن أجبره[1].

وإن أبى العبد فأشهد[2] السيد أنه ألزمه الكفالة عنه؛ لم يلزمه حتى يرضى.

محمد: قال عبد الملك: له أن يكره عبده على الحمالة ما لم يكن على العبد دين يحيط بماله، وقوله أحب إلينا[3].

قال ابن القاسم:[4] وإن أعتق عبده على مائة؛ لزمه وإن كره[5].

=

صاحب الحق دينه قبل السيد، وإن رضي أن يترك السيد، ويتبع العبد كان ذلك في ذمة العبد)، وقال غيره: ليس ذلك له، وإنما على العبد ما عجز عنه مال سيده فيكون في ذمته. قيل: قول ابن القاسم - هنا - على قول مالك الأول: أن للطالب اتباع الكفيل مع يسر الغريم، وليس هذا اختيار ابن القاسم.

قيل: هذا يخالف أصله هنا، وقيل: إنما قال هذا في هذه المسألة؛ لأن العبد مع سيده بخلاف غيره وذمته وذمة سيده كشيء واحد.

وقيل: بل المسألة على أصله، ولعل السيد فلس أو مات، وخاف المحاصة.اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2269، 2270.

(1) في (ف2): (جبره، هو).

(2) في (ف2): (وأشهد).

(3) انظر: النوادر والزيادات: 10/150.

(4) قوله: (قال ابن القاسم) ساقط من (ش) و(ن) و(ح).

(5) انظر: المدونة: 9/217.

عياض: قال مالك في الذي يعتق عبده على أن عليه مائة دينار: إن ذلك لازم للعبد، وإن كره العبد، كذا عندي في أصلي، وفي كتاب ابن سهل وابن المرابط، وعليه مائة دينار، ومثل هذا في كتاب المكاتب، وفي العتق الثاني خلافه، فقيل: لعل سحنون أدخل هذه المسألة بعد ذكره مسألة إجبار العبد على الكفالة، وقوله: (لا يلزم تنبيها على الخلاف)، وأن مذهب ابن القاسم في المسألة خلاف قول مالك، وأنه يأتي على قول مالك إلزام الإجبار، وهو قول عبد الملك، وقال مثله ابن القاسم في رواية أبي زيد عنه، وقيل: لعله أشار إلى التفريق بين العتق، والحمالة لحرمة العتق؛ ولأن ما أدخل فيه العبد من إلزام المائة انتفع بعوضها من تعجيل العتق ولا منفعة له في إلزام الكفالة.اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2270، 2271.

ولا تجوز كفالة من أحاط الدين بماله من حرّ، أو عبد مأذون، [(ش: 19/ب)] وإذا أخذ من عبده كفيلاً بدين له لزم الكفيل؛ لأنه يحاص به غرماء عبده.

وإن باع من عبده سلعة، أو تكفل[1] عنه بدين[2]، فأداه عنه ثم باعه أو أعتقه، فإن ذلك باقٍ له في[3] ذمته، إلا أن ذلك عيب في البيع إن لم يبينه، فالمبتاع[4] مخير في الرضا بذلك أو رد البيع[5]، إلا أن يسقط[6] البائع دينه[7].



(1) في (ف2): (كفل).

(2) في (ش) و(ح): (بمال).

(3) قوله: (في) ساقط من (ش) و(ح).

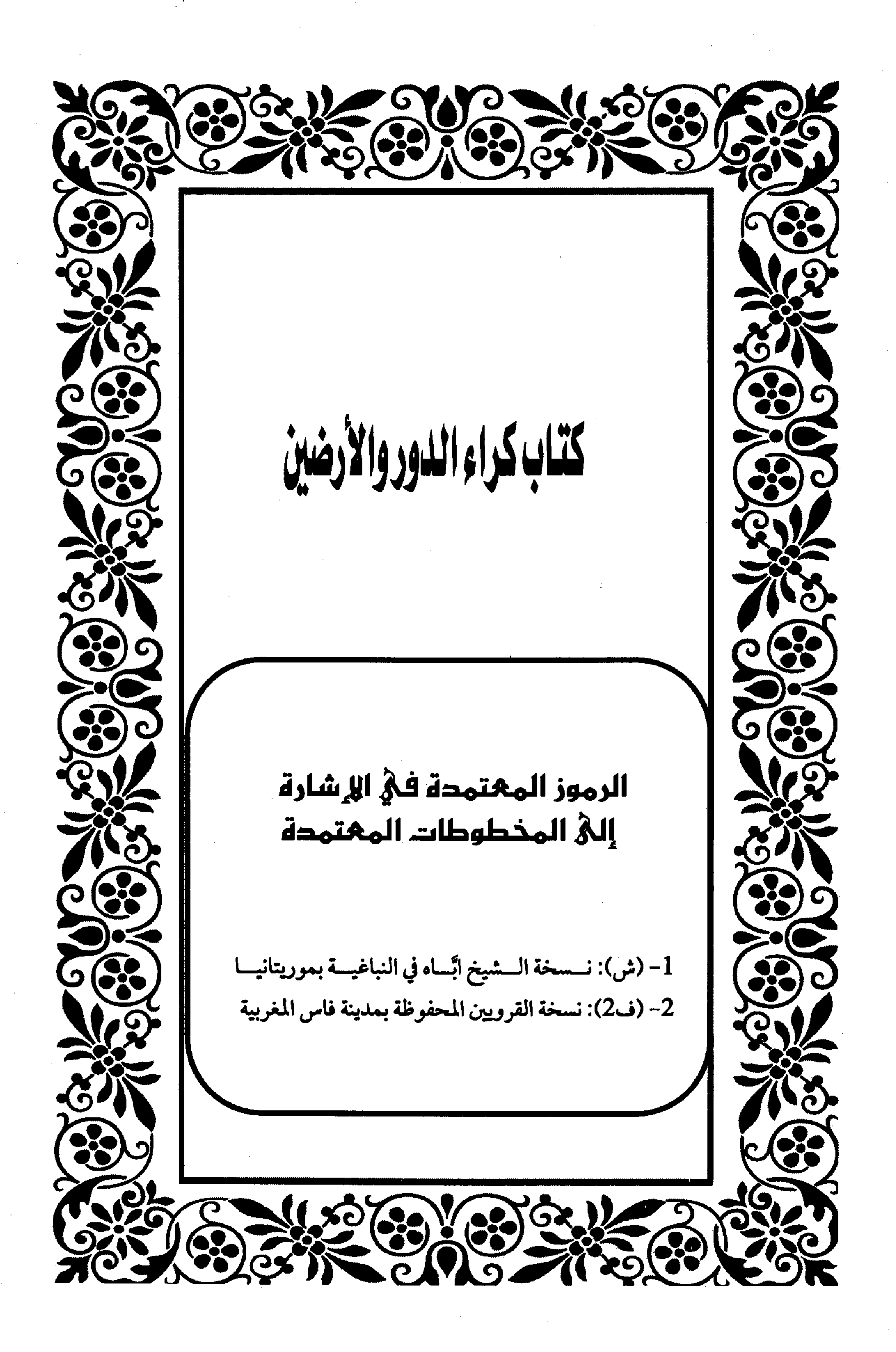
(4) في (ن): (والمبتاع).

(5) قوله: (أو رد البيع) ساقط من (ش) و(ح).

(6) في (ن) و(ف2): (يسخط).

(7) انظر: المدونة: 9/217.





كتاب كراء الدور والأرضين

الرموز المعتمدة في الإشارة إلى المخطوطات المعتمدة

1- (ش): نسخة الشيخ ابّاه في النباغية بموريتانيا

2- (ف2): نسخة القرويين المحفوظة بمدينة فاس المغربية



كتاب كراء الدور والأرضين

في كراء الدور والأرضين مساناة، أو الدور مشاهرة، وما يلزم في ذلك من نقد، وما يحل ويحرم في ذلك من شرط أو عقد، والقضاء في ذلك كله

والأكرية تجري مجرى البيوع فيما يجب منها ويلزم، ويحل ويحرم.

قال ابن القاسم: لا بأس بكراء الدار كل سنة، أو كل شهر بكذا، وكذلك قوله: لكل شهر، ثم لمن شاء منهما أن يترك متى شاء(1).

ويجب فيما مضى حصة ذلك من الكراء؛ إذ لم يعقد على غاية مسماة.

وكذلك لكل واحد منهما المتاركة في كراء الأرض مساناة ما لم يزرع(2)، فحينئذٍ لا

---

(1) انظر: المدونة: 8/205.

(2) عياض: مسألة (كراء الدور مشاهرة ومساناة): لا خلاف إذا نص على تعيين الشهر أو السنة أو جاء بما يقوم مقام التعيين أنه لازم لهما وذلك في... خمس صور:

إذا قال هذه السنة أو هذا الشهر أو سنة كذا أو سمى العدد فيما زاد على الواحد، فقال: سنتين أو ثلاثا أو ذكر الأجل، فقال: أكريك إلى شهر كذا أو إلى سنة كذا أو نقده في شهر أو سنة أو أكثر أن ذلك كله لازم لهما المدة التي ذكراها لا خيار لواحد منهما، إذا لم يقارن عقدهما ما يفسده... أو يحله.

واختلف في ثلاث صور: إذا قال: (أكري منك سنة بدرهم أو شهراً بدرهم)، فحمل أكثرهم ظاهر الكتاب أنه مثل قوله في هذه السنة تلزمهما السنة أوالشهر، وهو بين من قوله: (إن استأجرت دارا سنة) أو سنتين، ذلك جائز وله أن يسكن، ويسكن من شاء. قال القاضي: ولو كان لربه الخيار وإخراجه لم يتركه يسكن من شاء، ومن ذلك قوله: (استأجرت دارا سنة بعد ما مضى عشرة أيام من هذا الشهر. قال: تحسب هذه الأيام، ثم أحد عشر شهراً)، ثم تكمل مع الأيام التي بقيت من الشهر ثلاثين يوماً.

وفي كتاب المدبر: (إذا قال لعبده: اخدمني سنة، وأنت حر أو هذه السنة لسنة سماها فمرض حتى مضت السنة، فإنه حر). قال: (وإنما سألت مالكا عن سنة غير مؤقتة، ثم ذكر مسألة الذي أكرى داره أو دابته أو غلامه، فقال: أكريها منك سنة، كانت السنة من أول يوم وقع الكراء، وكذلك إذا قال: هذه السنة بعينها)، وهكذا له في العتبية، وفي تفسير يحيى، وكتاب ابن حبيب. وذهب أبو صالح إلى أن قوله: أكري منك سنة لا يقتضي التعيين، وله الخروج، ولربه إخراجه متى شاء مثل

ترك لأحدهما تلك السنة خاصة، ولا للزارع قلعه ودفع[1] حصة ما مضى، وإن كان في إبان الحرث ويصير كسنة معينة.

ولو اكترى داراً سنة بعينها، أو شهراً بعينه؛ لم يكن لأحدهما ترك، إلا أن يجتمعا[2].

قال ابن حبيب: إن أكرى منه، فقال: كل شهر، أو في الشهر أو الشهر بكذا؛ فالشهر الأول لازم لهما، وأما فيما زاد بعده، متى[3] شاء أحدهما الفسخ، فذلك له قاله مطرف وابن الماجشون، ورروياه عن مالك.

وقال ابن القاسم: ذلك سواء، ولكل واحد منهما أن يخرج متى شاء[4].

[(ش: 20/أ)] قال ابن القاسم: ولو أكراها شهراً، على أنه إن سكن منه يوماً لزمه باقيه، فإن كان بمعنى أن له إسكان غيره إن خرج؛ جاز؛ لأنه الحكم، وإن لم يشترط وإن شرط أن ليس له ذلك؛ لم يجز.

وإن أكراه في رأس الهلال كل شهر بكذا، وكان الشهر تسعة وعشرين[5]؛ فله كراء الشهر كاملاً[6].

= قوله كل سنة، وإن ما وقع في الكتاب من هذا إنما معناه سنة معينة، وخالفه ابن لبابة وغيره في تأويل لفظ الكتاب على ما تقدم.

الصورة الثانية: أن يقول: أكريك كل سنة بدرهم أو كل شهر بدرهم، فمذهب المدونة والعتبية أنه غير لازم، وفي كتاب ابن حبيب: يلزم أول شهر أو أول سنة على أصله.

الصورة الثالثة: قوله أكريك السنة بدرهم، ففي العتبية هو مثل قوله كل سنة. قالوا: وهذا هو مذهب الكتاب، وفي كتاب ابن حبيب: يلزم أول سنة على أصله في كل سنة.اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2105، وما بعدها.

(1) في (ش): (ودفعه).

(2) انظر: المدونة: 8/206.

(3) قوله: (بعده، متى) يقابله في (ش): (بعده ما، فمتى).

(4) انظر: النوادر والزيادات: 7/131 و132.

(5) في (ف2): (وعشرون).

(6) في (ف2): (كامل)، وانظر المسألة في: المدونة: 8/205.

وإن اكتراها[1] سنة لعشر من الشهر؛ حسب أحد عشر شهراً بالأهلة، وشهراً على تمام هذه الأيام ثلاثين يوماً، كالعدة والأيمان.

وإن اكترى داراً سنة أو سنتين، لم يسم متى سكن؛ جاز وليسكن أو يسكن غيره متى شاء، ما لم يأت من ذلك ضررٌ بيّن على الدار[2].

قال في كتاب المدبر: إذا أكرى داره أو دابته أو غلامه سنةً ولم يعينها؛ فإن السنة من يوم التعاقد، ولو قال: هذه السنة بعينها؛ كان كذلك أيضاً[3].

قال في كراء الدور: وإن أمكنه منها ربها، وقد اكتراها ثلاث سنين فتركها سنة، ولم يكن فيها ربها، ولا ساكن له ولا شاغل؛ فجميع الكراء للمكتري لازم، كالدابة، ولو منعه ربها سكنى هذه السنة، فخاصمه بعدها، فإنه يقضى له بسكنى[4] عامين، وعليه كراؤهما فقط، كالعبد يأبق أو يمرض في الإجارة؛ فليس عليه قضاء ذلك.

ولو اكتريت منه داراً هو فيها، فبقي في طائفة منها ولم يخرج، وسكنت أنت طائفة؛ لم يجب عليك إلا حصة ما سكنت، ولو سكن أجنبيّ طائفة من دارك، لم تأمره ولم تنهه؛ لزمه الكراء[5].

يريد: وإن ادعى أنه أسكنه باطلاً؛ حلف.

وإذا تشاح متكاريا المساكن[6] في النقد ولم يشترطاه؛ لزمهما المتعارف من سنة الناس فيه، فإن لم تكن لهم سنة؛ لزم النقد في كل ما سكن، وللمكري أخذ كراء كل يوم يمضي، إلا أن يشترطا[7] غير ذلك.

وأما الأرض: فإن كان للبلد سنة؛ حمل عليها؛ يريد: في المأمونة، وإلا نظر، فإن

---

(1) في (ف2): (أكراها).

(2) انظر: المدونة: 8/206 و207.

(3) انظر: المدونة: 6/33.

(4) في (ش): (بالسكنى).

(5) انظر: المدونة: 8/207، 208.

(6) في (ف2): (المساكين).

(7) في (ش): (يشترط).

كانت كأرض النيل تروى[1] في مدة؛ لزم المكتري النقد إذا رويت، وإن كانت لا يتم زرعها إلا بالسقي، أو المطر فيها يستقبل بعد الزراعة؛ لم ينقده إلا بعد تمام ذلك.

قال غيره: إن كانت أرض السقي مأمونة؛ لزمه النقد.

قال[2] ابن القاسم: وإن [(ش: 20/ب)] كانت تزرع بطوناً كالقصب والبقل؛ نقده لكل بطن حصته بعد أن يسلم.

قال غيره: عليه نقد حصة أول بطن[3].

ابن القاسم: والفرق بين النقد في الدور والرواحل، وبينه في الأرض غير المأمونة؛ أنه ليس له في الأرض بحساب ما يمضي؛ إذ لا كراء له إذا عطش الزرع، وفي تَيْنِك في كل وقت يمضي، قد وجب كراؤه، وتم نفعه، فإذا لم تكن للنقد فيهما سنة؛ وجب له كراء ما يمضي[4].

قال: ويجوز النقد في أرض النيل قبل ريِّها؛ لأمنها.

قيل لمالك: فإن كانت أرض المطر فيما اختبر منها لا يختلف.

قال: النيل أبين شأناً وأرجو جواز النقد فيها، إن كانت هكذا، بخلاف التي تخلف[5] من أرض مطر، أو ذات بئر قلَّ ماؤها، يخاف[6] ألا يقوم بها؛ فالنقد في هذين خطر لغلبة الغرر في أن يكفي ماؤها، فيغبن المكتري ربَّ الأرض، أو لا يكون فيه ما يكفي فيكون المكتري مغبوناً، ويصير النقد لهذا الغرر تارة ثمناً، وتارة سلفاً، كالنقد في المواضعة، والخيار، وبيع العهدة -محمد: عهدة الثلاث- ولم يدخلا في الماء المأمون في غرر، فإن انقطع الماء بأمر حادث؛ فللمكتري[7] إنفاق سنة في غور بئر أو عين، وليس

---

(1) في (ف2): (التي تروي).

(2) قوله: (قال) ساقط من (ش).

(3) انظر: المدونة: 8/246، 247.

(4) انظر: المدونة: 8/247، 248.

(5) في (ش): (تختلف)، والمثبت موافق لما في المدونة.

(6) في (ش): (بخلاف).

(7) في (ش): (وللمكتري).

ذلك له في غير المأمونة إن أبى ربها.

ولا بأس بكراء أرض المطر عشر سنين إن لم ينقده، فإن شرط النقد؛ فسد الكراء.

فإن اكتراها سنيناً[1] وقد أمكنت للحرث؛ جاز نقد حصة عامه هذا.

وإن اكتراها قرب الحرث وحين[2] توقع الغيث؛ لم يجز النقد حتى تروى.

قال غيره: لا تكرى[3] إلا قرب الحرث وتوقع الغيث، ولا يجوز كراؤها بالنقد حتى تروى رياً مأموناً متوالياً مبلغاً للزرع أو لأكثره مع رجاء مطر غيره.

ولا يجوز كراؤها إلا عاماً واحداً، إلا أن تكون مأمونة، كأمن النيل فلا بأس بكرائها قرب ريها بالنقد، أو بغير النقد[4].

قال سحنون: هذا ضيق، إذا كانت مأمونة؛ جاز كراؤها سنين، والنقد فيها[5].

قال ابن القاسم: وإن اكتريت منه أرضه الغَرِقة بكذا وكذا إن انكشف عنها الماء وإلا فلا كراء بينكما؛ جاز إن لم [(ش: 21/أ)] تنقده، ولا يجوز النقد إلا أن يوقن بانكشافه.

غيره: إن خيف أن لا ينكشف؛ لم يجز، وإن لم ينقد[6].

وإن اكتريت منه أرضه قابلاً، وفيها الآن[7] زرع له، أو لمكترٍ عامه؛ جاز، وإن كانت مأمونة كأرض النيل؛ جاز شرط[8] النقد فيها، وإلا؛ لم يجز بشرط.

قال غيره: لا يجوز في غير المأمونة كراء إلا قرب الحرث، وإن لم ينقد[9]،

---

(1) في (ش): (سنين).

(2) في (ش): (حين).

(3) في (ش): (يكون).

(4) انظر: المدونة: 8/229 و230.

(5) انظر: المدونة: 8/230.

(6) انظر: المدونة: 8/248.

(7) قوله: (الآن) ساقط من (ف2).

(8) قوله: (شرط) ساقط من (ش).

(9) في (ف2): (ينتقد).

وكذلك غير الأرض.

قال ابن القاسم في[1] الأرض التي تحيا بالعيون والآبار المخوفة غير المأمونة: لا ينبغي النقد فيما ذكرت، لما يخشى من تغير العيون[2].

ولا بأس بكراء الأرض المأمونة[3]، أو دار، أو حانوت، أو رقيق؛ عشر سنين، وتعجيل النقد فيه[4].

وقال أكثر الرواة: إنّ بعيد الأجل في الرقيق خطر[5].

ولا بأس بكراء دار ينقد على أن يسكن إلى شهر أو شهرين[6]، كأرض مأمونة لرجل يكريها لعام مقبل من غير إذن من[7] اكتراها منه هذا العام.

وأجاز ابن حبيب على أن يقبضها إلى سنتين[8].

وفي المدونة، عن ابن شهاب: ما دل على أنه أجاز على أن يقبض إلى عشر سنين، في كتاب الرواحل[9]، وهذا الكتاب[10].

ولو اكترى داراً على أن لا يقبضها إلى سنة؛ جاز ذلك، وجاز النقد فيها؛ لأمنها، فإن بَعُد الأجل؛ جاز الكراء، ولا أحب النقد فيه، ولم يجز في سائر العروض والحيوان شراؤه، على أن لا يقبض إلى أجل؛ لغلبة الغرر في تغيره[11].

ولا بأس بكراء نصف أرض أو دار أو جزء شائع، قلَّ أم كثر كالشراء، أو يكتري

---

(1) في (ف2): (و).

(2) انظر: المدونة: 8/ 241.

(3) في (ف2): (مأمونة).

(4) قوله: (فيه) ساقط من (ش).

(5) انظر: المدونة: 8/ 214، 215.

(6) في (ش): (شهر).

(7) قوله: (غير إن من) زيادة من (ف2).

(8) انظر: النوادر والزيادات: 7/ 132.

(9) انظر: المدونة: 8/ 144، 145.

(10) انظر: المدونة: 8/ 206.

(11) انظر: المدونة: 8/ 242.

رجلان داراً بينهما، ولأحدهما أن يكري حصته.

قال مالك: ولا شفعة فيه لشريكه[1].

وروى أشهب: أن فيه الشفعة.

ولو اكترى قصّارٌ وحدادٌ حانوتاً، وأراد كل واحد منهما[2] مقدمه، ولا شرط في العقد؛ فالكراء لازم، ويقسم بينهما إن انقسم، وإلا أكرى عليهما؛ لأنه ضرر والبيت مثله[3].

ولا بأس أن يكري داراً بكذا ويستثني ربعها بربع الكراء، وكأنك أكريت ثلاثة أرباعها، ولا أنظر إلى اللفظ[4].

وإذا أكراه مائة ذراع من أرضه التي بموضع كذا؛ جاز ذلك إذا كانت متساوية، ولا يجوز في المختلفة، حتى يُسمِّيَ من أي موضع منها.

قال غيره: وإن استوت؛ لم يجز حتى يُسمِّيَ الموضع[5].

ولا بأس [(ش: 21/ب)] بكراء أرض أو دار غائبة ببلد بعيد أو قريب، على صفة أو رؤية متقدمة، وينقده كالبيع، ثم لا ردَّ له إن وجدها على الصفة، وإنما يجوز ذلك على رؤية متقدمة منذ أمد لا يتغير في مثله[6].

وإن اكترى أرضاً يقبضها[7] قابلاً بألف درهم إلى عشر سنين؛ جاز، وكذلك شراء الغائب بثمن إلى أجل أبعد من مسافته جائز، وليس ديناً بدين[8].

ويجوز الكراء بالخيار لأحدكما أو لكما، وإن لم تؤجلاه؛ جاز، وأجلّه الإمام إلا أن

---

(1) انظر: المدونة: 8/201، 202.

(2) قوله: (منهما) ساقط من (ف2).

(3) انظر: المدونة: 8/216، 217.

(4) انظر: المدونة: 8/202.

(5) انظر: المدونة: 8/268.

(6) انظر: المدونة: 8/271.

(7) في (ف2): (يقبضها) يقابله في (ش): (في فيضها).

(8) انظر: المدونة: 8/260.

يكون قد مضى مقداره؛ فيوقف الآن من له الخيار، وإن كانا بالخيار، فاختلفا بالأخذ والرد؛ فالقول قول من أراد الرد.

ومن اكترى داراً، أو أرضاً بثوب مضمون بغير صفة أو بصفة، ولم يضرب له أجلاً؛ فلا يجوز، فإن سكن أو زرع؛ لزمه[1] كراء المثل.

وإن اكتراها بدراهم وخمرٍ في صفقة واحدة؛ فسد جميعها، ولم يجز حصة الدراهم، وإن رضي المكتري بترك الخمر؛ لم يجز وليس كالبيع والسلف[2].

وكل كراء فاسد؛ ففيه إن سكن كراء المثل؛ كان أقلَّ من التسمية أو أكثر.

وإذا قبض في الكراء الفاسد الدار، أو[3] الأرض فلم[4] يسكن، ولم يزرع حتى مضت المدة؛ فعليه كراء المثل، ولو لم يقبضها؛ لم يلزمه كراء، وكذلك الدابة[5].

وإن اكترى بدنانير لم يصفاها والنقد مختلف، فإن عرف لنقد الكراء سنة؛ قضي بها، وإلا فسخ الكراء، وله فيما سكن كراء مثله[6].

وإن اكترى بدنانير معلومة مؤجلة، على أن يأخذ لكل دينار عشرين درهماً؛ جاز. وكذلك بدراهم، يأخذ لكل عشرين منها ديناراً، والتعاقد واقع على المقبوض، واللفظ لغو.

ولو ثبت الكراء بدراهم مؤجلة؛ لم يجز أن يأخذ بها دنانير معجّلة أو مؤجّلة حتى يحلّ، فيأخذ بها دنانير نقداً.

ويجوز كراء دار بدار، أو أرض[7] بأرض، أو تكتري منه أرضه لتزرعها أنت العام، بأرضك عام قابل ليزرعها[8] [(ش: 22/أ)] هو، وإن كانت أرضك مأمونة؛

---

(1) في (ش): (فله).
(2) انظر: المدونة: 8/262.
(3) في (ف2): (و).
(4) في (ش): (ولم).
(5) انظر: المدونة: 8/249 و250.
(6) انظر: المدونة: 8/214.
(7) في (ف2): (أرضا).
(8) في (ف2): (يزرعها).

يجوز النقد فيها؛ لأن أرضه كعرض انتقدته في أرضك[1].

قال يحيى: ولا تبالِ[2] كانت أرض صاحبك مأمونةً أم لا.

والكراء بصوف على ظهور الغنم يجوز إن شرع في الجزِّ مكانه، أو إلى ما قرب من خمسة، أو عشرة[3].

وإن اكترى على أنه إن زرع حنطة فبكذا، أو شعيراً فبكذا، أو اكترى بهذا الثوب، أو بهذا العبد؛ لم يجز.

وكذلك إن قال في كراء الدار: بحنطة، أو بشعير[4] أيهما شاء المكري، أو المكتري، وذلك كله معين، أو مضمون، قد لزمكما، أو أحدكما؛ لم يجز، وذلك من بيعتين في بيعة، فأما على غير إلزام لأحدكما ومن شاء رد؛ فذلك جائز[5].

ولا بأس بالكراء والبيع في صفقة، فإن اكترى أرضاً على أن يحرثها ثلاث مرات قبل أن يزرعها[6]؛ جاز.

وكذلك على[7] أن يزبّلها[8] إن كان شيئاً معروفاً- يريد: إن كانت مأمونة- وإن شرط على أن يحرثها له ربها؛ جاز ذلك[9].

قال: ومن اكترى داراً؛ لم يلزمه إصلاح من رثاث جدار[10]، أو كنس مرحاض[11]، ونحوه، ....

---

(1) في (ش): (بأرضك). انظر: المدونة: 8/259، وما بعدها.

(2) في (ف2): (تبالي).

(3) انظر: المدونة: 8/262.

(4) في (ش): (شعير).

(5) انظر: المدونة: 8/264، 265.

(6) في (ف2): (يزرع).

(7) قوله: (على) ساقط من (ش).

(8) زبّلت الارض، إذا سمّدتها. انظر: الصحاح، للجوهري: 4/1715..

(9) انظر: المدونة: 8/270.

(10) قوله: (رثاث جدار) يقابله في (ش): (رثاثات جدرات).

(11) عياض: وقوله في إصلاح ما وهى على رب الدار؛ أي يلزمه، ولكن لا يجبر عليه، وهذا مثل قوله =

وذلك على رب الدار[1].

قال في كتاب الجعل: ونقر الرَّحَى[2] على من تعارف الناس أنه عليه، فإن لم تكن لهم[3] سنة؛ فعلى ربها[4].

هو يقول لا يجبر على إصلاح من بناء أو طر إلا كنس المرحاض إن كانت سنتهم فما معنى قوله فذلك على ربها[5].

وإن اكترى داراً، أو حماماً، على أن ما احتاجا[6] إليه من مرمة[7]؛ رمّها، فإن شرط على أن ذلك من الكراء؛ فجائز.

في: (التطيين) في باب فسخ الكراء، إذا أهطل البيت. قال: (إن طينه رب الدار لزم الكراء، وإن أبى كان لك أن تخرج). وقيل: لعله فيما خف، كما قال سحنون فيكون موافقا لقول غيره في مسألة الطر أنه مما يلزم رب الدار، ويجبر عليه، وقد وقع في بعض النسخ في قول غيره التطيين مكان الطر.

وظاهر قول غيره أنه يجبر عليه، وعلى هذا نقلوه، وجاء مفسراً في كتاب يحيى بن إسحاق عن أَشْهَب: يلزم رب الدار إذا أكراها الطر وكنس المراحيض وسد الكوى، إذا أحدثت في الأقبية وإصلاح السقوف... والعساكر ومرمة الميازيب ومصب المياه وإقامة العلو من السفل وإصلاح ظهور البيوت وبطونها وتنقية مسروب الماء، وكل ما يحتاج المكتري إليه. ، وقطع الهطل عنه حق من حقوق المتكاري ليس له ضرر ولا أذية.

وقال أصبغ: لا يلزمه شيء من ذلك بالجبر، فإن شاء أصلح، وإن شاء فسخ الكراء.

وقال سحنون: يجبر على إصلاح الدار وتطرير البيوت، ولسحنون - أيضاً - في غير المبسوطة: ما كان فيه ضرر قليل لزمه إصلاحه دون الكثير فيأتي على التأويل الآخر أن ابن القاسم يوافق على ذلك غيره فيما خف من الإصلاح والطر، ولكن على ما فسره أَشْهَب ليس هو تخفيف، إنما يأتي أن عليه إصلاح كل ما يستضر به المتكارى، وإنما يفسخ عنده الكراء ولا يلزم صاحبه عمله على هذا الهدم، وما لا يمكن السكنى معه جملة.اهـ. انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2103، 2106.

(1) انظر: المدونة: 8/199.

(2) قوله: (ونقر الرحى) يقابله في (ف2): (ويقر الرجل) في تهذيب البراذعي: 3/381: (نقش).

(3) قوله (تكن لهم) يقابله في (ش): (يكن).

(4) انظر: المدونة: 8/105.

(5) قوله: (هو يقول لا يجبر على إصلاح من بناء أو طر إلا كنس... ربها) زيادة من (ف2).

(6) في (ف2): (احتاج).

(7) عياض: والمرمة - بفتح الميم - البناء والصلاح.اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2101.

ولو شرط أن ما عجز عنه الكراء، أنفقه الساكن من عنده؛ لم يجز، ولو شرط أن عليه ما احتاجت من يسير مرمة، أو كسر خشبة؛ لم يجز إلا من الكراء.

وإن شرط[1] أن عليك تطيين البيوت كل عام مرة، أو في كل عامين مرة؛ فجائز، لأنه معلوم، وإن شرط كل ما احتاجت؛ لم يجز[2].

وإن شرط على رب الربع كناسة المراحيض[3]، وكناسة التراب وغسالة الحمام؛ فجائز؛ لأنه معروف وجهه[4].

ولا بأس بكراء الحمامات.

وإن اكترى حماماً على أن عليه ما احتاج أهله من نورة أو حميم؛ لم يجز، حتى [(ش: 22/ب)] يشترط شيئاً معلوماً[5].

قال ابن حبيب: جائز، إذا عرف ناحية عيال الرجل[6] من كثرة وقلة.

---

(1) قوله: (وإن شرط) يقابله في (ف2): (ولو شرطت).

(2) انظر: المدونة: 8/199 و200.

(3) عياض: مسألة كناسة المراحيض: وقع في الكتاب فيها إشكال:

منها: قوله أولا: (إذا اشترط ذلك على رب الدار لا بأس ثم قال بعد هذا: مرمة الدار، وكنس الكنيف، وإصلاح ما وهى من الجدران والبيوت على رب الدار). قالوا: وإذا كان عليه، فلم يحتج إلى الشرط؟

فقيل: هو خلاف من قوله: وذلك فيما حدث بعد الكراء والسكنى فمرة رأى ذلك على رب الدار، كما نص عليه غيره في الباب الثاني؛ لأن عليه إخلاء ما أكرى حتى يتوصل المكتري إلى الانتفاع به. ورآه مرة على المكتري، حتى يشترطه على رب الدار؛ لأنه هو الذي أحدثه في الدار، ومثله في رواية أبي زيد. قال: إلا الفنادق، فإنها على ربها.

وقيل: ليس بخلاف، ولعله في اشتراطه على رب الدار فيما حدث، بدليل قوله بعد: وغسل الحمامات، وإلزامه رب الدار فيما كان فيها قبل الكراء. قالوا: والأشبه أن ما حدث عند المكتري فعليه، إلا أن يكون عرف كما جاء في... عرف الفنادق.اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2102، وما بعدها.

(4) انظر: المدونة: 8/198.

(5) انظر: المدونة: 8/199، 200.

(6) قوله: (ناحية عيال الرجل) يقابله في (ش): (ناحيته).

وقد أجاز مالك: أن يواجب صاحب الحمام[1] على ما يحتاج إليه هو وأهله سنة من حميم، ونورة، أو خياط على خياطة ما يحتاجون من الثياب سنة؛ لأن ناحية ذلك معروف[2].

جامع القضاء فيما ينتقض به الكراء أو لا ينتقض من هدم أو رثاث أو ما يغور أو أرض تعطش أو تغرق أو تفليس أو موت أو فسوق أو عيب أو استحقاق في الدار أو في الثمن، وفي ضمان الثمن في ذلك، وذكر الإقالة

والكراء يلزم بالتعاقد كالبيع[3]، فلا ينتقض بموت المتكاريين أو أحدهما، ويلزم ورثتهما.

قال ابن شهاب: إن مات رب الدار؛ فللساكن سكناه إلى مدته، وللورثة بيعها على أن للمكتري سكناه، وإن مات الساكن؛ لزم ورثته الكراء في تركته.

وفي مسألة ابن شهاب: أكرى داره عشر سنين، ثم مات[4].

قال ابن القاسم: ولو فلس المكتري، أو مات بعد أن زرع الأرض، ولم ينقد؛ فربها أحق بالزرع في الفلس، وهو في الموت أسوة الغرماء[5].

وكذلك رب الدار في فلس المكتري أحق بالسكنى كلها، إن لم يسكن المكتري، وإن سكن شيئاً؛ فربها أحق ببقية السكنى، إلا أن يدفع إليه الغرماء حصة باقيها من الكراء بالتقويم، وقيل: جميع الكراء.

وأنكره سحنون، فإن أبوا؛ خُيّر في الحصاص بالجميع، وإسلام الدار، أو أخذ باقي السكنى بحصته من الكراء والحصاص، بحصة كراء ما مضى[6].

---

(1) في (ش): (حمام).
(2) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 7/145.
(3) في (ف2): (كالتبايع).
(4) انظر: المدونة: 8/144، 145.
(5) قوله: (الغرماء) ساقط من (ف2)، وانظر المسألة في: المدونة: 8/276.
(6) انظر: المدونة: 8/227.

ولو ظهرت من مكتري[1] الدار خلاعةٌ وفسق؛ زجره الإمام، وإن رأى إخراجه؛ أخرجه وأكراها عليه[2].

وإن اكترى داراً، أو أرضاً فسجنه سلطان باقي المدة، أو لم يجد بذراً؛ فالكراء يلزمه[3].

ولا عذر ينتقض به الكراء، إلا هدم الدار أو غور[4] البئر، أو[5] العين قبل الزراعة، أو ينهدم من الدار ما فيه ضرر، ويكون بناؤها مخوفاً[6] سقوطه؛ فله فسخ الكراء والخروج.

ولو كان ربها غائباً؛ أشهد على ذلك، ولا شيء عليه، [(ش: 23/أ)] ولا يجبر ربها على بناء ما انهدم مما فيه ضرر، وإما سكن المكتري، أو خرج، وليس له أن يصلح من كرائها ويسكن.

وكذلك إن انهدم بيت، أو حائط كشف الدار، ولو بناها ربها قبل خروج المكتري؛ لزمه المقام، فأما لو كان خرج وترك، ثم بناها ربها، وبقيت من المدة بقية؛ لم يلزمه الرجوع[7].

قال[8] ابن حبيب: وله أن يسكن ويحط عنه من الكراء بقدر ما انهدم، إن كان فيه ضرر، ونقص من منافعه[9].

قال محمد: وإذا[10] مرضت الدابة في الطريق، فتركها واكترى غيرها؛ فقد وجبت

---

(1) في (ش): (مكتر).

(2) انظر: المدونة: 8/216.

(3) انظر: المدونة: 8/250.

(4) في (ش): (وغور).

(5) قوله: (البير أو) زيادة من (ف2).

(6) في (ف2): (مخوف).

(7) انظر: المدونة: 8/218، وما بعدها.

(8) قوله: (قال) ساقط من (ف2).

(9) انظر: النوادر والزيادات: 7/137، 138.

(10) في (ف2): (إذا).

المحاسبة، ولا رجوع إليها، وإن صحت بقية الطريق، ولا يصلح الرجوع وإن رضيا[1].

وكذلك الدار ينهدم منها ما لا يقدر على سكنى ما بقي، فيخرج إلى غيرها؛ فقد وجب الحساب، ولا يصلح الرجوع.

قال أصبغ: هذا إن تطاول زمانه في البنيان، فأما الأيام وفوق ذلك لا كبير ضرر فيه؛ فتلزمه بقية المدة.

قال أحمد: يريد أصبغ: في العمارة لا في انهدام البناء من أصله[2].

فأما الأجير أو المرضع تمرض ثم تصح بقية المدة؛ أنهما يرجعان في العمل باقي المدة، وكذلك رحى الماء ينقطع الماء ثم يعود في بقية[3] المدة؛ فيلزمه ما بقي، كمرض الأجير[4].

ومن المدونة، قال ابن القاسم: وإذا لم يكن فيها انهدم ضرر؛ لزمه السكنى وجميع الكراء، زاد[5] أبو زيد: إلا أن يكون له فيها انهدم سكنى ومرفق؛ فيحط عنه بقدره[6].

وانهدام الشُّرفات[7] لا يضرّ به، وإن أنفق فيها؛ كان متطوعاً لا شيء له[8].

يريد: وله أخذ النقض إن كان ينتفع به.

وإذا هطلت البيوت؛ لم يجبر ربها على الطّرّ[9]، ولا المكتري على الطّرّ[10] من

---

(1) انظر: النوادر والزيادات: 7/92.

(2) انظر: النوادر والزيادات: 7/139.

(3) في (ش): (في بقية).

(4) انظر: المدونة: 8/49.

(5) قوله: (زاد) زيادة من (ف2).

(6) انظر: المدونة: 8/218.

(7) عياض: وشرفات الدار: بضمهما.اهـ. انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2101.

(8) انظر: المدونة: 8/220..

(9) قوله: (على الطر) يقابله في (ف2): (أن يطر).

(10) عياض: (وقد وقع في بعض النسخ في قول غيره التطيين مكان الطر)، وانظر المسألة في: التنبيهات =

كرائها، ويسكن، وله الخروج في الضرر البين من ذلك، إلا أن يطرها ربها؛ فلا خروج له.

وقال[1] غيره: الطر وكنس المراحيض، مما يلزم رب الدار[2].

وإذا اكتريت دارين أو حمامين، فانهدم أحدهما، فإن كان وجه ما اكتريت؛ رددت الجميع، وإن لم يكن وجهه؛ لزمك الباقي بحصته[3].

ومن كتاب الجعل: وإذا انهدم من حمام أو دار أو رحى، ما أضر بالمكتري في السكنى، أو منعه العمل، فقال: أنا أفسخ، وقال ربها: أنا أصلح[4] ولا أفسخ، فالقول قول المكتري[5].

قال: وانقطاع [(ش: 23/ب)] ماء الرحى المكتراة سنة عذر يفسخ به[6] الكراء، فإن عاد في بقية المدة؛ لزم المكتري بقية المدة، كالعبد يمرض في أمد الإجارة، ثم يصح في بقية المدة.

قال غيره في العبد: إلا أن يتفاسخا قبل صحته.

يريد غيرُه وكذلك الرحي.

ولو اختلفا[7] في انقطاع ماء الرحى، فقال ربها: انقطع عشرة أيام، وقال المكتري: انقطع شهراً، فإن تصادقا في أول السنة وآخرها؛ فالقول قول رب الرحى، وكذلك في انهدام الدار[8] في بعض المدة[9].

المستنبطة، ص: 2103.

(1) في (ف2): (قال).

(2) انظر: المدونة: 8/217، 218.

(3) انظر: المدونة: 8/200.

(4) في (ش): (أعمل).

(5) انظر: المدونة: 8/106.

(6) في (ش): (له).

(7) في (ش): (اختلف).

(8) قوله: (الدار) ساقط من (ش).

(9) انظر: المدونة: 8/49.

قال محمد: بل القول قول المكتري.

قال ابن القاسم: وذلك كما لو ادعى المكتري بعد السنة أن انقطاع الماء وهدم الدار كان في السنة كلها، وأكذبه رب الدار ورب الرحى؛ فقد وجب له جميع الكراء بانقطاع المدة، والمكتري في ذلك كله مدع، فكذلك اختلافهما في بعض السنة[1].

محمد: أما هذه، فلأنها بين الناس لا يخفى فيها الهدم، فإن لم يعرف ذلك أحد؛ لم يصدق[2].

قال[3] ابن القاسم: ولو قال رب الرحي أو الدار: قد انقضت السنة، وقال المكتري: ما مضى من سنتي إلا شهران، وقد انهدمت الدار الآن وانقطع ماء الرحي؛ فالقول قول المكتري؛ لأنه لم يقر من[4] السكنى إلا بشهرين.

ولو اكترى رحى ماء[5] شهراً، على أن الماء إن انقطع فيه لزمه جميع الكراء؛ لم يجز ذلك له[6].

ومن كتاب كراء[7] الدور: وإذا غار ماء[8] العين في كراء الأرض سنين قبل الزراعة؛ فكالدار لا يجبر ربها على عملها، ولا للمكتري أن ينفق لا كراء عامه ولا غيره، إلا أن يكون قد زرع؛ فله أن ينفق حصة تلك السنة خاصة، ويلزم[9] ربها، لأن إحياء الزرع من تمام الكراء، وكذلك المساقي سنين.

والدار ليس للمكتري فيها شيء يحييه مما يكلفه وينفق[10] فيه كالزرع، ولا لربها

---

(1) انظر: المدونة: 8/50.

(2) انظر: النوادر والزيادات: 7/136.

(3) قوله: (قال) ساقط من (ف2).

(4) قوله: (يقر من) يقابله في (ش): (يغرمه).

(5) في (ف2): (الماء).

(6) انظر: المدونة: 8/50.

(7) قوله: (كراء) ساقط من (ش).

(8) قوله: (ماء) زيادة من (ف2).

(9) في (ف2): (وتلزم).

(10) قوله: (يكلفه وينفق) يقابله في (ش): (تكلفه أو أنفق).

فيه إلا ضرر نفقته[1] وحبس الدار عن منافعها[2].

قال: ويفسخ كراء الأرض في السنين الباقية.

وكذلك إن انهارت البئر أو انقطعت العين بعد أن حصد زرع[3] العام الأول، ويقوم كراء العام الأول على الرغبة فيه، والعامين الباقيين كذلك، فإن كان قيمة كراء الأول خمسة، والعامين[4] بعده جميعاً خمسة، كان للعام الأول نصف [(ش: 24/أ)] الكراء.

وليس كراء الأرض في الشتاء والصيف واحداً إذا أصيبت بانقطاع الماء، وكذلك بحسب كراء الدور في الهدم، ولا يقسم على عدد الأشهر والأعوام، وقد تكترى سنة لأشهر فيها، كدور بمصر وبمكة[5] تكثر عمارتها في المواسم[6].

وإذا غرقت طائفة من الأرض قبل الزراعة أو عطشت، فإن كان أكثرها؛ رد جميعها، وإن كان تافهاً؛ حط عنه بقدر حصته من الكراء في كرمه ودناءته، لا بقدر قياس مساحته، وكذلك في استحقاق بعض الأرض فيما يقلُّ ويكثر.

وإذا قحطت[7] السماء، فلم يقدر على الحرث، وقد كان أمكن من الأرض، أو غرقت فلم يقدر أن يزرع، أو كان بها بئر أو عين، فانهارت قبل تمام الزرع، فهلك الزرع لذلك، أو امتنع الماء الذي يحيى به الزرع من السماء أو من بئر أو من عين حتى هلك الزرع؛ فلا كراء على الزارع.

وإن نقده رجع به، وإن حصد ما له بال وله فيه نفع؛ فعليه من الكراء بقدره، ولا شيء عليه فيما لا بال له، ولا نفع له فيه.

---

(1) قوله: (إلا ضرر نفقته) يقابله في (ش): (الأرض ونفقته).

(2) في (ف2): (منافعه)، وانظر المسألة في: المدونة: 8/218، وما بعدها.

(3) في (ف2): (الزرع).

(4) قوله: (الباقيين كذلك فإن كان قيمة كراء الأول خمسة والعامين) ساقط من (ف2).

(5) في (ش): (أو بمكة).

(6) انظر: المدونة: 8/227، 228.

(7) في (ش): (أخطت).

وأما إن هلك زرعه ببرد أو جليد أو جائحة أو جراد[1]؛ فالكراء عليه.

وأما إن أتى مطر بعد أن زرع، فغرق زرعه أياماً أو شهراً فأماته، فإن كان غرقه بعد ما مضى إبان الحرث، كان كالجليد ء الجراد والبرد.

وإن كان غرقه في إبان لو انكشف الماء عن الأرض، أدرك زرعها ثانية، فلم ينكشف حتى فات الإبان، فذلك كغرقها في الإبان قبل أن تزرع حتى فات الحرث؛ فلا كراء عليه.

ولو انكشف الماء في إبان يدرك فيه الحرث؛ لزمه الكراء[2].

يريد: وإن لم يحرث.

وإذا عطشت أرض الخراج كأرض مصر؛ فلا كراء عليهم، لأنه كراء من السلطان، وأما أرض الصلح؛ فالخراج عليهم، وإن عطش الزرع.

قال غيره: هذا إن كان الصلح وظيفة عليهم، فأما إن صالحوه على خراج على الأرض معروف؛ فلا شيء عليهم[3].

ومن اكترى أرضاً بعبد أو بثوب[4] بعينه، فاستحق بعد الحرث أو الزراعة؛ ففيها كراء مثلها، وكذلك ما يوزن من العروض، كحديد أو رصاص بعينه؛ ينتقض الكراء، إلا أن يكون قد زرعها أو حرثها أو أحدث فيها عملاً؛ فعليه كراء المثل[5].

وإن أكريت دارك بعبد بعينه على أن تقبضه، فمات بيد المكتري؛ فهو منك، والكراء يلزمك كالبيع.

ولو كان بثوب بعينه في بيت المكري وقد[6] وصفه؛ كان منه، وانتقض الكراء باقي المدة، [(ش: 24/ب)] ولك فيما سكن كراء المثل، وكذلك لو قبضته فاستحق،

---

(1) قوله: (جراد) زيادة من (ف2).

(2) انظر: المدونة: 8/230، وما بعدها.

(3) انظر: المدونة: 8/235 و236.

(4) في (ش): (ثوب).

(5) انظر: المدونة: 8/274 و275.

(6) في (ش): (قد).

أو رددته بعيب، ولك الرضا بالعيب، ويتم الكراء، وليس لك حبسه وطلب قيمة العيب، ولا يرجع إن بعته بقيمة عيبه عند ابن القاسم، ويرجع بذلك إن هلك أو تصدق به، وينتقض من الكراء بقدر حصة قيمة العيب، لأنه ثمنه[1].

قال أبو إسحاق البرقي: فيما سكن وفيما لم يسكن، وكذلك في استحقاق جزء منه.

قال ابن القاسم: وليس لك رده بعيب يسير لا ينقص من الثمن، وإن كان عند الناس عيباً[2].

قال ابن حبيب: إن كان لم يسكن؛ رجع رب الدار بحصة[3] العيب سكنى في فوات الثوب، وإن سكن؛ رجع بقيمة الكراء فيما قابل تلك الحصة.

وإن كان قيمة العيب كثيراً يكون على المكتري ضرراً إذا رجع عليه بالسكنى؛ فالمكتري مخير أن يرضى بسكناه، أو يردَّ الدار ويأخذ قيمة الثوب الفائت معيباً[4].

ولو كان قد سكن نصف السنة، وقيمة العيب الخمس؛ رجع بخمس قيمة[5] كراء ستة أشهر ماضية، وكان له خمس السكنى من الشهور الباقية.

فإن[6] كان النقص كثيراً؛ خُيِّر أيضاً في الرضا بالسكنى مع رب الدار في الشهور الباقية، أو يرد الدار، ويرجع على ربها بقيمة ثوبه معيباً، ويغرم هو له قيمة كراء ما سكن.

ولو سكن جميع السنة والعيب كثير، لم يرجع على الساكن إلا بقيمة كراء ما قابل العيب من الشهور.

كلام ابن حبيب جيد على أصلهم إلا قوله: إذا سكن نصف السنة والعيب كثير يضر به في بقية الشهور.

---

(1) انظر: المدونة: 8/203، 204.

(2) انظر: المدونة: 8/204.

(3) في (ش): (لحصة).

(4) في (ش): (بعيب).

(5) قوله: (قيمة) ساقط من (ف2).

(6) في (ف2): (وإذا).

وقوله: إنه إن اختار رد بقية السكنى؛ أنه يغرم قيمة كراء ما سكن، وأخذ[1] قيمة ثوبه ليس هذا أصلهم[2]، بل رجع بنصف قيمة ثوبه معيباً، ويغرم قيمة كراء ما يقع لنصف العيب من الشهور التي سكن[3].

ومن المدونة، قال ابن القاسم: وإذا اكتريت أرضاً بدراهم، ثم أقالك ربها على إن زدته دارهم؛ فذلك جائز[4].

يريد: مقاصة إن كان قد نقد.

وفي كراء الرواحل: ذكر التقايل[5] فيها مستوعباً.

القضاء في المكتري يكري غيره أو يعمل في الربع ما شاء أو غير ما اكتراه له والضمان في التعدي [(ش: 25/أ)] في ذلك

والقضاء: أن المكتري ملك النفع باكترائه، كما ملك المبتاع الدار بابتياعه، ما لم ينتفع بما فيه ضرر، أو خروج عن المتعارف.

قال ابن القاسم: وله أن يجعل فيما اكترى من دار أو حانوت ما شاء من متاع أو دابة أو بناء أو رحى أو قصارة، أو عمل الحديد ما لم يكن ضرراً بالدار، أو داراً لا ينصب ذلك في مثلها[6] لارتفاعها، فيمنع مما يتعارف منعه[7].

ولا بأس بكراء حانوت لا يسمي ما يعمل فيه، وليس له أن يعمل ما ذكرنا، إن كان يضر بالجدران، وإن لم يضر؛ فذلك له، ولو شرط عمل ما يضر؛ لزم ذلك ربه.

وإن لم يشترط شيئاً، فإذا هو قصار أو جزار، ولا ضرر في عمله على البنيان، ولكن

---

(1) في (ف2): (ويأخذ).

(2) قوله: (أصلهم) يقابله في (ش): (أصلاً لهم).

(3) انظر: النوادر والزيادات: 7/151، 152.

(4) انظر: المدونة: 8/277.

(5) في (ش): (التقابل).

(6) قوله (في مثلها) يقابله في (ش): (لمثلها).

(7) انظر: المدونة: 8/210.

كره رب الحانوت تقذيره[1]، فله منعه، لأن فيه ضرراً عليه.

قال غيره: وإن[2] كانت الأعمال يتفاوت ضررها وأكريتها؛ لم يجز كراء إلا على شيء[3] مسمّى، وإن لم يختلف فلا بأس به[4].

ولم يجز ابن القاسم في كتاب كراء الرواحل الكراء في الدابة حتى يسمى ما يحمل عليها[5] من الأشياء، لتفاوت ضرر الحمل[6].

ومن اكترى داراً وشرط أن لا يسكن معه أحد، فتزوج أو ابتاع رقيقاً، فإن كانا في سكناهم ضرر؛ منع، وقد تكون غرف ضعيفة الخشب ونحوه، فينظر في ذلك[7].

وللمكتري كراء الدار من مثله بأكثر من الكراء أو أقل.

وإن اكترى حانوتاً للقِصَارة[8]؛ فله كراؤه من حداد أو طحان أو[9] غيره، إلا أن يكون ذلك أكثر ضرراً؛ فيمنع، وله ذلك في المتساوي[10].

وإن اكترى أرضاً ليزرع شعيراً فزرع قمحاً، فإن كان أضرَّ بالأرض؛ منع، لأن ربها يريد جَمامها[11]، وله أن يزرعَ ما ضررُه كضررِ الشعير فأدنى[12].

وإن اكتراها ليزرع عشر سنين، فأراد غرسها أصولاً، فإن كان ذلك أضرَّ بها؛ منع،

---

(1) في (ش): (تقريره).

(2) في (ف2): (إن).

(3) قوله: (شيء) ساقط من (ف2).

(4) انظر: المدونة: 8/ 221، 222.

(5) قوله: (عليها) زيادة من (ف2).

(6) انظر: المدونة: 8/ 140.

(7) انظر: المدونة: 8/ 211.

(8) في (ش): (للقصار).

(9) في (ف2): (و).

(10) انظر: المدونة: 8/ 221.

(11) الجَمام بالفتح: الراحة، ويقال جمَّ الفرس جماً وجَماماً، إذا ذهب إعياؤه، وكذلك إذا ترك الضِّراب، يَجِمُّ ويَجُمُّ. وأجم الفرس، إذا ترك أن يركب على ما لم يسم فاعله، وجُمَّ، انظر: الصحاح، للجوهري: 5/ 1890.

(12) انظر: المدونة: 8/ 243.

وإلا فله ذلك، كحمله على الراحلة غير ما اكتراها له.

وإذا اتخذ مكتري الدار فيها تنوراً يجوز له، فاحترقت منه الدار وبيوت جيرانه؛ لم يضمن، وإن شرط ربها أن لا يوقد فيها ناراً، فأوقد المكتري فيها لخبزه، فاحترقت الدار؛ ضمن.

ولو أكراها المكتري من غيره، فهدمها الثاني؛ ضمنها الثاني لربها؛ لأن الأول لم يتعد.

وإن ربط المكتري بباب الدار دابة، فرمحت فكسرته، أو قتلت[1] ابن رب الدار؛ فذلك جُبار.

وكذلك من نزل عنها بباب المسجد أو بباب [(ش: 25/ب)] الأمير أو بباب حانوت نزله لحاجة، فما أصابت فهو جبار[2].

جامع مسائل من الأكرية

قال ابن القاسم: أكره للمسلم كراء حانوته أو داره من ذمي؛ ليبيع فيه خمراً أو خنازير، أو دابته ليحمل ذلك عليها، أو ممن يعلم أنه يريدها لذلك، فإن فعل؛ فالكراء فاسد، وإن لم يكن يعلم أنه يفعل[3] ذلك فيها[4]؛ فذلك جائز من كتابي أو مجوسي، فإن فعل ذلك فيها؛ فله منعه كان في قرية أو مدينة.

وكذلك إن اتخذها كنيسة يصلي فيها مع أصحابه، أو يضرب فيها ناقوساً[5].

ولا بأس بكراء أرضك من ذمي، إذا لم يغرس فيها ما يعصر منه خمراً[6].

وأكره للمسلم كراء أرض الجزية ذات الخراج، وإن أكريتها فجار عليك

---

(1) في (ش): (هلكت).

(2) انظر: المدونة: 8/210.

(3) في (ش): (يعمل).

(4) قوله: (فيها) ساقط من (ش).

(5) انظر: المدونة: 8/211، وما بعدها.

(6) في (ف2): (الخمر).

السلطان، فأخذ منك الخراج، فإن لم يكن الذمي وفاه؛ رجعت عليه بالخراج المعلوم، لا بما جار وزاد عليك، وإن كان قد أداه الذمي؛ لم ترجع عليه بشيء[1].

ولا أحب للوصي اكتراء أرض يتيمه من نفسه، فإن فعل ولم يفت الإبان؛ انْشِدَت، فإن زيد عليه، وإلا؛ لزمه ما سمى.

وإن فات الإبان، سئل عن الكراء، فإن كان فيه فضل؛ غرمه، وإلا؛ أدى ما عليه[2].

وليس للرجل أن يكري ربع زوجته إلا بإذنها.

والوكيل على الكراء، إذا حابى أو أكرى بغير العين؛ لم يلزم ذلك الآمر؛ ولو أعار الدار أو وهبها أو حابى في كرائها؛ رجع ربها على الوكيل بالكراء[3] في ملائه، ثم لا رجوع للوكيل على الساكن، وإن كان الوكيل عديماً؛ رجع ربها[4] على الساكن، ثم لا رجوع للساكن على الوكيل[5].

وهذه المسألة في الاستحقاق.

وإذا انتثر للمكتري في حصاده حب في الأرض، فنبت فيها إلى قابل؛ فهو لربها.

وكذلك من زرع زرعاً، فحمل السيل زرعه إلى أرض غيره، فنبت فيها.

يريد: قبل أن يطلع من الأرض.

قال مالك: فالزرع لمن جره السيل إلى أرضه، ولا شيء للزراع[6].

قال سحنون: إلا أن يجره السيل بعد أن نبت وظهر؛ فيكون لربه، وعليه كراء الأرض الأخرى، ما لم يجاوز كراؤها الزرع فلا يكون عليه أكثر منه[7]، يريد سحنون

---

(1) انظر: المدونة: 8/275، 276.

(2) انظر: المدونة: 8/272، 273.

(3) قوله: (بالكراء) ساقط من (ش).

(4) في الأصل(بها)، وفي المدونة: (رب الدار)، وفي تهذيب البراذعي: (ربها).

(5) انظر: المدونة: 8/226، وتهذيب البراذعي: 3/486.

(6) انظر: المدونة: 8/273، 274.

(7) قوله: (ما لم يجاوز كراءها... أكثر منه) ساقط من (ش).

ولو كان رب الزرع مكترياً، لكان عليه كراء الأرضين جميعاً.

وروي أيضاً عن سحنون: أن الزرع لرب الأرض، وعليه [(ش: 26/أ)] للآخر قيمته مقلوعاً كما جره السيل.

قال أبو بكر: والقول الآخر أحسن(1).

قال: وللرجل بيع مراعي أرضه إذا بلغ خصبها أن يُرعَى لا قبل ذلك فيبيع مرعاها سنة لا أزيد(2).

ومن نكح امرأة وهي في بيت اكترته سنة، فدخل بها فيه(3)، وسكن باقي السنة؛ فلا كراء عليه لها، ولا لربه(4)، وهي كدار تملكها هي إلا(5) أن تبين(6) له؛ أني بالكراء، فإما أديت أو خرجت.

قال غيره: عليه الأقل من كراء المثل أو ما(7) اكترت به(8).

وقاله ابن القاسم في كتاب العدة: إذا(9) اكترت الزوجة المسكن، فطلبت(10) منه كراء المسكن الذي اكترته بعد انقضاء العدة؛ فلها اتباعه بذلك إن كان يوم سكنه ملياً(11).

---

(1) انظر: النوادر والزيادات: 7/ 161.

(2) انظر: المدونة: 8/ 271، 272.

(3) في (ف2): (فيها).

(4) في (ف2): (لربها).

(5) في (ش): (لها).

(6) في (ف2): (يتبين).

(7) قوله: (أو ما) يقابله في (ش): (وما).

(8) انظر: المدونة: 8/ 213، وتهذيب البراذعي: 3/ 479.

(9) في (ف2): (وإذا).

(10) في (ف2): (وطلبت).

(11) انظر: المدونة: 4/ 399، 400.

القضاء في دعوى المتكاريين

والقضاء في دعوى المتكاريين كالقضاء فيما ذكرنا من التداعي في البيوع والإجارات.

قال ابن القاسم: إذا قال رب الدار: اكتريت سنة بمائة دينار، وقال المكتري: بل مائة إردب حنطة؛ تحالفا وتفاسخا.

وكذلك لو سكن أياماً أو شهراً أو شهرين أو أكثر، ويبدأ رب الدار باليمين، ويفسخ الكراء كله، ويأخذ فيما مضى كراء المثل[1].

يحيى: هذا خير[2] من رواية المصريين.

يريد يحيى ثَمَّ[3] رواية أخرى عن ابن القاسم: أن عليه قيمة ما[4] سكن بحساب الكراء الذي أقرَّ به، ويفسخ ما بقي.

وتداعيهما في قلة الكراء وكثرته[5] مما يشبه، بخلاف دعواهما لصنفين مختلفين، وهو كتداعيهما من صنف واحد ما[6] لا يشبه، كقول هذا: بدينار، وهذا: بعشرة، ودعواهما لا يشبه[7].

وإن قال المكتري: اكتريت الأرض عشر سنين بخمسين، وقال ربها: بل خمس سنين بمائة، فإن كان بحضرة الكراء؛ تحالفا وتفاسخا، وإن[8] كان زرع سنة أو سنتين، ولم ينقد؛ فلربها فيما مضى ما أقر به المكتري إن أشبه تغابن الناس ويحلف.

فإن لم يشبه؛ فعلى قول ربها إن أشبه مع يمينه، فإن لم يشبه؛ فله كراء المثل فيما

---

(1) انظر: المدونة: 8/ 223.

(2) في (ف2): (أحسن).

(3) قوله: (ثم) زيادة من (ف2).

(4) قوله: (قيمة ما) يقابله في (ش): (فيما).

(5) في (ف2): (أو كثرته).

(6) قوله: (ما) ساقط من (ش).

(7) انظر: المدونة: 8/ 223.

(8) في (ف2): (إن).

مضى، ويفسخ باقي المدة على كل حال، وإنما فسخنا بقية الخمس سنين، وإن أقرَّ بها رب الأرض لدعواه في كرائها أكثر من دعوى المكتري، وهذا إذا لم ينتقد[1].

ومن قول مالك: إن رب الأرض والدار والدابة مصدق [(ش: 26/ب)] في الغاية فيما يشبه، وإن لم ينقد.

قال غيره: وإذا انتقد فالقول قول ربها فيما يشبه من المدة، فإن لم يأت بما يشبه، وأتى المكتري بما يشبه صدق فيما قد سكن على ما أقر به، ويرجع ببقية المال على ربها بعد يمين ربها ويمينه[2] فيما ادعى من طول المدة، فإن لم يشبه ما ادعيا[3] حلفا وفسخ الكراء وعلى المكتري قيمة ما سكن.

وإن أتيا بما يشبه صدق رب الدار؛ لأنه انتقد مع يمينه، ولم يسكن المكتري إلا ما أقر به المكري.

قال سحنون: وروى نحوه ابن وهب، فهذا هو الأصل في الدور والرواحل والعبيد[4] وغيرها، فرد إليه ما خالفه[5].

وإذا ادعى الزارع أنه اكترى الأرض، وربها ينكر؛ فربها مصدق مع يمينه، إلا أن يعلم به[6] ربها حين زرع، فلم ينكر عليه، فإن قامت بذلك بينة، أو لم تكن بينة، فأحلف عليه فنكل، فليس له إلا ما أقر به المكتري، يريد: مع يمينه، إلا أن يأتي بما لا يشبه.

قال غيره: علم به[7] أو لم يعلم، فله الأكثر من كراء المثل، أو مما أقر به المكتري بعد[8] يمينه على دعوى المكتري، إن كان[9] كراء المثل أكثر من دعواه.

---

(1) انظر: المدونة: 8/244.

(2) في (ش): (أو ادعى).

(3) في (ف2): (ادعى).

(4) في (ش): (العبد).

(5) انظر: المدونة: 8/244 و245.

(6) في (ف2): (بها).

(7) قوله: (به) ساقط من (ش).

(8) في (ش): (مع).

(9) في (ش): (أكرى).

قال ابن القاسم: [(ش: 27/أ)] وإن لم يعلم وقد مضى إبان الزراعة[1]؛ فله كراء المثل، ولا يقلعه، وإن[2] لم يفت الإبان ولم تقم[3] بينة أنه علم به فتركه، ولا أنه أكراه؛ حلف على ذلك، ثم خُير بين أن يأخذ من المكتري ما أقرّ به.

قال غيره: أو كراء المثل.

قال: فإن أبى؛ فله أن يأمره بقلع زرعه، إلا أن يتراضيا على ما يجوز.

ولو تركه لرب الأرض؛ جاز ذلك إن رضي ربها، وإن لم يكن للمكتري في الزرع نفع إذا قلعه؛ لم يكن له قلعه، وبقي لرب الأرض- يريد: بغير ثمن- إلا أن يأباه فيأمره بقلعه[4].

ومن أسكنته دارك، ثم سألته الكراء، فادعى أنك أسكنته بغير كراء؛ فالقول قولك فيما يشبه من الكراء مع يمينك.

قال غيره: على الساكن الأقل من دعواك، أو من كراء المثل[5].

وكل ما ادعى الساكن أنه زاده في الدار من خشبة أو فرش قاعة أو سترة جدار، فالقول قول ربها في تكذيبه، وما كان ملقى بالأرض من خشبة أو حجر أو سارية، فالقول فيه قول المكتري.

وإن اختلفا في قِدر الحمام؛ فهي لرب الحمام؛ لأنها من البنيان[6].

وإذا أذن له رب الدار أن ينفق من كرائها، فزعم أنه أنفق، وأكذبه رب الدار، فالمكتري مصدق؛ لأنه أمين إن تبين للعمل أثر، فإن تبين كذبه؛ لم يصدق، والبناء والعمل يتبين أثره كبيت جديد أو مرمة جديدة.

قال غيره: على المكتري البينة؛ لأن الكراء دين لربه، وعلى المكري اليمين[7].

---

(1) في (ش): (زرعه).

(2) في (ف2): (فإن).

(3) في (ش): (يقم).

(4) انظر: المدونة: 8/245 و246.

(5) انظر: المدونة: 8/223.

(6) انظر: المدونة: 8/199.

(7) انظر: المدونة: 8/224.

وما تقاررا بإحداثه، فالقول فيه مذكور بعد هذا.

وقد تقدم في باب ما يفسخ به[1] الكراء، وذكر اختلافهما متى كان هدم الدار وغور[2] العين وأول السنة.

القضاء في تمام المدة وفي الأرض للمكتري أصول أو[3] زرع وفي الدار بناء أحدثه، وما يجوز في ذلك من المعاملة بينهما، وفي من حصد زرعه وبقيت له مدة من كرائه

والقضاء: أن المدة إذا انقضت وفي الأرض أصل أو بناء أن المكتري إنما دخل على القلع؛ فليس له قيمته قائماً، وإن لم يكن غاصباً، وأما الزرع فبخلاف ذلك، لأن لبقائه غاية معلومة، فيلزم رب الأرض الصبر إلى حصاده.

فإن كانت[4] أرض سقي تكرى على التأجيل؛ فله كراء المثل في زيادة المدة.

وأما البناء أو غيره، يحدثه المكتري مما ينتفع به بأمر رب الدار أو بغير أمره من غير الكراء، فما كان لنقضه قيمة؛ فلرب الدار أن يعطيه قيمته مقلوعاً.

قال[5] محمد: بعد طرح أجر القلع.

وليس له أن يأبى، لأنه مضار، وله أن يأمره بقلعه، أحدثه بأمره أم بغير أمره، لأنه يقول له[6]: لم آذن لك [(ش: 27/ب)] في نفعك[7] لأغرم شيئاً، وأما ما لا ينتفع به إن نقض من جص أو طين له فيه نفع؛ فيكون كما ذكرنا.

---

(1) في (ش): (له).

(2) في (ف2): (أو غور).

(3) في (ش): (و).

(4) في (ف2): (كان).

(5) قوله: (قال) ساقط من (ف2).

(6) قوله: (له) زيادة من (ف2).

(7) في (ش): (نفسك).

وإن اكتريت أرضاً بيضاء[1] سنين، فانقضت وفيها أصول، فالقول في ذلك كالقول في البنيان، ولك أن تبتدئ كراءها منه سنين مؤتنفة وتبقيها.

ولو اكتريت أرضاً، ثم أكريتها من غيرك فغرسها، ثم انقضت مدة الكراء وفيها غرسه؛ لجاز لك[2] اكتراؤها من ربها سنين مؤتنفة، ثم إن أرضاك الغارس وإلا قلع غرسه.

قال غيره: لا ينبغي ذلك حتى يتعامل الغارس ورب الأرض على ما يجوز، ثم يكري أرضه إن شاء، إلا أن يكريك أرضه على أن يقلع عنك الشجرة[3].

ومن اكترى أرضاً فغرسها أصولاً، ثم انقضت المدة فصالح ربها على بقاء الغرس في أرضه عشر سنين على أن له نصف الشجر؛ لم يجز، لأنه أكراه بنصف الشجر يقبضها إلى عشر سنين، وقد تسلم[4] أو لا تسلم[5].

ولو بتل له الآن نصف الشجر جاز[6].

قال غيره: لا يجوز، لأنه دين في دين.

يريد غيره: لأنه لما كان له أن يعطيه قيمة الشجر مقلوعاً[7]، فكأنه أكرى منه بها نصف الشجر التي بقيت للمكتري في الأرض بالقيمة التي وجبت له عليه في نصف الشجر الذي أسلمه إليه، فصار كراء الأرض بدين لك على رب الأرض.

قال ابن القاسم: وإن تمت المدة وفيها زرع لم يبد صلاحه؛ لم يجز لرب الأرض شراؤه، وإنما يجوز بيع زرع أخضر يشترط مع الأرض في صفقة[8]، وكذلك الأصول

---

(1) قوله: (بيضاء) ساقط من (ف2).

(2) في (ش): (لذلك).

(3) انظر: المدونة: 236/8، 237.

(4) في (ش): (يسلم).

(5) في (ش): (يسلم).

(6) قوله: (جاز) ساقط من (ش).

(7) في (ف2): (مقلوعة).

(8) في (ش): (صفة).

بثمرها، فإن لم يشترطه المبتاع، كان ما أبرَّ من الثمر أو ما ظهر في الأرض من الزرع للبائع.

وإذا لم يؤبر الثمر ولم يظهر الزرع من الأرض؛ فذلك للمبتاع(1).

ومن ابتاع زرعاً أخضر على أن يحصده الآن، ثم أذن له رب الأرض في بقائه بكراء أم بغير كراء؛ لم يجز، إلا أن يشتري الأرض بعد شرائه للزرع فيبقيه(2).

وقد نقلت هذا في البيوع الأول.

ومن اكترى أرضاً لسنة، فحصد زرعه قبل تمام السنة، فأما أرض المطر، فمحمل السنة فيها الحصاد، ويقضى بذلك فيها.

وأما ذات السقي التي تكترى على أمد الشهور والسنين؛ فللمكتري العمل إلى تمام سنة، فإن تمت وله فيها زرع أخضر أو بقل؛ فعلى ربها تركه إلى تمامه، وله فيما بقي كراء المثل لا على ما أكرى(3).

وفي الأم: كراء المثل في ذلك على حساب ما أكرى(4) فطرح سحنون على حساب ما أكرى في رواية يحيى وأبقى كراء المثل(5).

---

(1) انظر: المدونة: 8/238، 239.

(2) انظر: المدونة: 8/274.

(3) انظر: المدونة: 8/242 و243.

(4) في (ش): (أكراه).

(5) عياض: قال مالك: لا يقلع، ولكن له كراء مثل أرضه ثم قال: وله كراء مثلها على حساب ما أكراها منه.

قال بعضهم: هذا تناقض كيف يصح كراء المثل مع حساب ما أكرى، وقد طرح سحنون من رواية يحيى قوله: على حساب ما أكرى، واختصرها أبو محمد وغيره لا على حساب ما أكرى، وكذا وقعت المسألة في المستخرجة في سماع أبي زيد في زيادة مدة الكراء وفي كراء الدار أن له كراء المثل، وليس له كراء مثلها بحساب الكراء الأول.

وفي الرواحل من المدونة في التعدي في المسافة له كراء مثلها لا على حساب ما أكرى عليه فهذا كله يصحح ما اختصر عليه أبو محمد.

وأما ابن أبي زمنين فاختصرها على الوجه الآخر، وقال: له كراء أرضه على حساب ما أكراها منه، وهذان القولان في المسألة ونظائرها معروفان. انظر: التنبيهات المستنبطة: ص 2113.

قال غيره: إن بقي من السنة قبل حصاده ما لم يتم فيه زرع؛ فلا ينبغي له أن يزرع، فإن فعل؛ فعليه في زيادة المدة الأكثر من الكراء الأول، إذ كأنه [(ش: 28/أ)] رضيه أو[1] كراء المثل[2].

فيمن اكترى أرضاً أو داراً فيها نخل يشترط ثمرها، والقول في اكتراء الأرض ببعض ما يخرج منها أو بطعام أو غيره[3] وجامع ما يجوز من المغارسة ومعاني الزراعة

نهى الرسول عليه [الصلاة و] السلام عن بيع الثمر حتى يبدو صلاحه[4].

وساقى خيبر وفيها بياض قليل بين أضعاف السواد[5] بشرط ما أخرجت[6].

ونهى عن كراء الأرض ببعض ما يخرج منها[7].

(1) في (ش): (و).

(2) انظر: المدونة: 8/243.

(3) في (ف2): (بغيره).

(4) متفق عليه، أخرجه البخاري: 2/766، في باب بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها، من كتاب البيوع، برقم (2082)، ومسلم: 3/1165، في باب النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها بغير شرط القطع، من كتاب البيوع، برقم (1534).

(5) عياض: السواد: هو ما فيه ثمار لظهوره أسود على بعد، بخلاف ما لا ثمرة فيه فيظهر فارغاً فعبر عنه بالبياض للون الأرض، وقد سميت الخضرة بالسواد والسواد بالخضرة، وسواد العراق من هذا، وكذلك يقال للشخص سواد.اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2101.

(6) متفق عليه، أخرجه البخاري: 2/798، في باب إذا استأجر أرضا فمات أحدهما، من كتاب الإجارة، برقم: 2165، ومسلم: 3/1186، في باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع، من كتاب المساقاة، برقم: 1551، من حديث ابن عمر ﷺ، ومالك: 2/703، في باب ما جاء في المساقاة، من كتاب المساقاة، برقم: 1387، عن سعيد بن المسيب مرسلاً. ولفظ الصحيحين: أعطى رسول الله ﷺ خيبر لليهود أن يعملوها ويزرعوها ولهم شطر ما يخرج منها.

(7) متفق عليه: أخرجه البخاري: 2/763، في باب بيع المزابنة وهي بيع الثمر بالتمر وبيع الزبيب بالكرم وبيع العرايا، من كتاب البيوع، رقم: 2074، ومسلم: 3/1179، في باب كراء الأرض، من

فإذا كان ما في الأرض من نخل أو شجر تبعاً؛ اكتريت بالدنانير والدراهم، وإذا كان بياضها تبعاً للأصول؛ فعلى سنة المساقاة في خيبر، وتمام ذلك في اختصار المساقاة.

قال ابن القاسم: فمن اكترى داراً وفيها سدرة أو دالية أو أرضاً، وفيها نبذ من نخل أو شجر، ولا ثمرة فيها حينئذٍ، أو فيها ثمرة[1] لم تزه؛ فالثمرة للمكري[2]، إلا أنه إن اشترط المكتري ثمرة ذلك، فإن كانت تبعاً مثل الثلث فأقل؛ فذلك جائز، بلغني توقيت الثلث عن مالك، فأما في سؤالي إياه فلم يبلغ به الثلث[3].

ومعرفة ذلك أن يقوم كراء الأرض أو الدار بغير شرط الثمرة.

فإن قيل: عشرة؛ قيل: فما قيمة الثمرة فيما عرف مما يطعم كل عام.

قال ابن حبيب: الوسط من ذلك بعد طرح قيمة المؤنة والعمل، فإن قيل: خمسة فأقل جاز ذلك.

قال أصبغ: إذا علم أن الثمرة تطيب قبل مدة الكراء، وإلا لم يجز أن يعقداه[4].

وإذا قيل: أكثر من خمسة؛ لم يجز، فإن وقع؛ فالثمرة لرب الأرض، وللمكتري أجر ما سقى، وعليه قيمة كراء الأرض بلا ثمر، إن كان قد زرعها.

وإن اكترى أرضاً فيها زرع أو بقل لم يطب فاشترطه[5]، فإن كان تافهاً؛ جاز ولا أبلغ بهذا الثلث[6].

وإذا كانت الثمرة تبعاً فاشترط نصفها؛ لم يجز، وإنما جاز إذ هي تبع أن تلغى بالسنة، فإذا شرط نصفها؛ خرجت عن حدِّ الرخصة، فصار ذلك كبيع ثمر قبل زهوه.

وكذلك حلية السيف والخاتم ومال العبد.

= كتاب البيوع، رقم: 1546، ومالك: 2/625، في باب ما جاء في المزابنة والمحاقلة، من كتاب البيوع، رقم: 1295، من حديث أبي سعيد الخدري.

(1) في (ف2): (ثمر).

(2) في (ف2): (للمكتري).

(3) انظر: المدونة: 8/269.

(4) انظر: النوادر والزيادات: 7/140.

(5) قوله: (فاشترطه) ساقط من (ش).

(6) انظر: المدونة: 8/269.

كما أرخص في العرايا إن كانت خمسة أوسق، فإن زيد عليها خرج ذلك عن حد الرخصة، وكما إذا أحيل ما أرخص فيه من الإقالة والتولية والشركة في الطعام عن معناه حرم[1]، وأجاز ذلك كله أشهب.

قال ابن القاسم: وجاز في المساقاة اشتراط البياض بينهما، لأن العمل والزريعة من العامل.

ولو كانت الثمرة التي في الأرض أو الدار[2] مزهية؛ جاز اشتراط جميعها- يريد: ثمرة ذلك العام فقط- وإن جاوزت[3] الثلث؛ لجاز بيعها مفردة[4].

من مسائل[5] يحيى بن عمر فيمن اكترى داراً سنة، وفيها نخلة، فاشترط ثمرتها وهي دون الثلث، فانهدمت الدار في نصف السنة، وقد طابت الثمرة؛ فإنه ينظر إلى قيمة ما سكن خاصة، وقيمة الثمرة على المتعارف منها[6] كل عام، فإن كانت الثمرة من ذلك الثلث فأدنى؛ كانت الثمرة للمكتري، وإن كانت[7] [(ش: 28/ب)] أكثر من الثلث؛ كانت لرب الدار، وفسد فيها البيع وإن جذَّها المشتري رطباً؛ رد قيمتها[8]، وإن جذها؛ تمراً رد مثلها، وإن انهدمت الدار والثمرة لم تطب؛ فلا بد من ردها إلى رب الدار كانت تبعاً لما سكن أو غير تبع.

قال محمد بن المواز: إذا كانت قدر ثلث الصفقة أولاً، ثم انهدمت الدار بعد نصف المدة؛ فلا بد أن ترد[9] الثمرة بحصتها من الثمن، طابت الآن أو لم تطب، ويكون على

---

(1) قوله: (كما أرخص في العرايا إن كانت خمسة أوسق... حرم) زيادة من (ف2).

(2) في (ش): (والدار).

(3) في (ش): (جازت).

(4) انظر: المدونة: 195/8.

(5) قوله: (من مسائل) يقابله في (ش): (قال).

(6) في (ف2): (منهما).

(7) قوله: (الثمرة من ذلك الثلث فأدنى كانت الثمرة... كانت) ساقط من (ف2).

(8) في (ش): (فقيمته).

(9) في (ش): (يرد).

المكتري نصف ما وقع على الدار دون الثمرة من الكراء[1].

وروى العتبي عن أبي زيد عن ابن القاسم: إذا كانت قدر ثلث الصفقة يوم العقد ثم انهدمت الدار في نصف المدة، فإن كانت الثمرة قد طابت كانت للمكتري وعليه ثلثا الثمن، وإن كانت لم تطب كانت لرب الدار، وكان له[2] ثلث الكراء، وقاله ابن القاسم[3].

قال ابن القاسم: وإن[4] استقاله فأقاله وقد نقد أو لم ينقد، ولم تطب الثمرة فينظر فإن كانت الثمرة تبعاً للستة الأشهر الباقية فالإقالة[5] جائزة.

وإن كانت الثمرة قد طابت[6]، فليصنعا ما أحبا، نقد أو لم ينقد، ثم رجع ابن القاسم فقال: إنما هذا[7] ما لم ينقد، فإن نقد كان بيعاً وسلفاً.

وذكر ابن حبيب: مثل رواية أبي زيد أولاً؛ قال ابن حبيب: ولو استحقت الدار إلا موضع الشجر[8]، وذلك بعد ستة أشهر رجعت الثمرة لرب الدار، طابت أو لم تطب جذت أو لم تجذ، لأنه ضمها إلى ما لم يكن يملكه[9].

ومن المدونة: قال ابن القاسم: وإن اكترى أرضاً عشر سنين، على أنه يغرسها المكتري شجراً سماها، على أن الثمرة للغارس، فإذا انقضت المدة فالشجر لرب الأرض؛ لم يجز، لأنه لا يدري أتسلم الشجر أم لا؟[10].

وإن قال: اغرسها شجراً أو قال نخلاً، فإذا بلغت النخل كذا وكذا سعفة،

---

(1) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 7/ 141، 142.

(2) في (ش): (وكانت).

(3) قوله: (وقاله ابن القاسم) زيادة من (ف2).

(4) في (ف2): (إن).

(5) في (ف2): (فذلك).

(6) قوله: (كانت الثمرة قد طابت) يقابله في (ف2): (طابت الثمرة).

(7) في (ش): (هو).

(8) في (ش): (الشجرة).

(9) انظر: النوادر والزيادات: 7/ 141، 142.

(10) انظر: المدونة: 8/ 239.

والشجر قدر[1] كذا؛ فالأصول والشجر بيننا؛ فذلك جائز[2].

محمد: وهذا من معنى الجعل[3].

قال[4] ابن القاسم فإن قال: فالأصول بيننا فقط، فإن كان مع مواضعها من الأرض؛ جاز، وإن لم يشترط ذلك، وشرط له ترك الأصول في أرضه حتى تبلى؛ فلا يجوز[5].

قال ابن حبيب: لا تجوز المغارسة إلى أجل، لأنها من المجاعلة، وإنما تجوز[6] إلى الإثمار، أو إلى شباب معروف، ولو سكتا؛ جاز وجعل إلى الإثمار[7].

والشباب التام[8] الذي يعرف، لأنه الأمر الذي يعرف بين الناس.

قال ابن القاسم: وإن أكراه أرضه يزرعها[9] بقلاً أو قضباً أو حناء أو قطنية أو غيرها[10] على ما أنبتت[11] بينهما، أو هو مع الأرض بينهما؛ لم يجز[12].

قال مالك: والمحاقلة التي نهى الرسول ﷺ عنها؛ كراء الأرض بالحنطة[13].

---

(1) في (ف2): (قدرا).

(2) انظر: المدونة: 8/266.

(3) انظر: النوادر والزيادات: 7/387.

(4) قوله: (قال) ساقط من (ف2).

(5) انظر: المدونة: 8/266.

(6) في (ش): (يجوز).

(7) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 7/389.

(8) في (ش): (التمام).

(9) في (ف2): (بزرعها).

(10) قوله: (أو قضبا أو حناء أو قطنية أو غيرها) يقابله في (ش): (وقضبا وحناء وقطنية وغيرها).

(11) في (ف2): (نبت).

(12) انظر: المدونة: 8/265.

(13)انظر: المدونة: 8/254.

والحديث أخرجه مالك، كتاب البيوع، باب ما جاء في المزابنة والمحاقلة: 2/625، برقم: 1295، والحديث في الصحيحين أخرجه البخاري، كتاب البيوع، باب بيع المزابنة وهي بيع الثمر بالتمر وبيع الزبيب بالكرم: 2/763، برقم: 2073، ومسلم، في كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرطب =

قال ابن حبيب: أو بغيرها من الطعام مما تنبته أو لا تنبته[1].

قال ابن القاسم: ومن المحاقلة اكتراؤها[2] بشيءٍ مما تنبته، كمن اكتراها بكتان فزرعها كتاناً.

وفي الحديث الآخر: أنه عليه [الصلاة و] السلام نهى عن كراء الأرض ببعض ما يخرج منها وهي المخابرة التي نهي عنها في حديث آخر[3] [(ش: 29/أ)].

قال ابن القاسم: فلا يجوز كراؤها بجزء مما نبت قلَّ أم كثر، ولا بطعام تنبت مثله أو[4] لا تنبته من غير الطعام، ولا بما[5] تنبته من غير الطعام من قطن أو كتان أو أُصْطُبَّة[6]، إذ قد يزرع ذلك فيها فيصير محاقلة، ولا بقضب[7] أو قرط أو تبن أو علف، ولا بلبن محلوب، أو في ضروعه، ولا بجبن أو سمن أو عسل، ولا بحيتان أو صير[8] أو ملح، ولا سائر الأشربة والأنبذة.

وإذا خيف في اكترائها[9] ببعض ما تنبت[10] من الطعام أن يدخله طعام بمثله إلى أجل خيف في اكترائها بطعام لا تنبته أن يكون طعام[11] بطعام خلافه =

بالتمر إلا في العرايا: 3/1171، برقم: 1542.

(1) انظر: النوادر والزيادات: 7/153.

(2) قوله: (المحاقلة اكتراؤها) يقابله في (ش): (اكتراها).

(3) انظر: المدونة: 8/252.

والحديث أخرجه مسلم: 3/1172، في باب النهي عن المحاقلة والمزابنة وعن المخابرة وبيع الثمرة قبل بدو صلاحها، من كتاب البيوع، برقم (1536).

(4) في (ف2): (أم).

(5) في (ش): (مما).

(6) في هامش (ف2): الأصطبة: أغلظ من الكتان. قال ابن منظور: والأُصْطُبَّة مُشاقة الكَتَّان. انظر: لسان العرب: 1/523.

(7) في (ف2): (قصب).

(8) عياض: والصير: نوع من الحيتان مملوح، والمحاقل: المزارع. .

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2116.

(9) في (ش): (كرائها).

(10) في (ش): (نبت).

(11) في (ش): (طعامان).

إلى أجل[1].

ولا تكترى بفلفل ولا بزيت بذر الكتان أو زيت السمسم.

وأكره كراءها بطير[2] الماء أو بشاة لحم، لأنها كالطعام.

ولا تكترى بزعفران، لأنه مما تنبته.

ويجوز كراؤها بالعين، وروي ذلك للنبي عليه [الصلاة و] السلام وقاله كثير من الصحابة[3] والتابعين.

وإذا كراها بدنانير مؤجلة فحلت؛ فلا يأخذ بها طعاماً ولا إداماً، وليأخذ ما يجوز أن يبتدآ[4] به كراءها.

ولا بأس بكرائها بسائر العود والخشب والجذوع وبالصندل أو العود.

يريد: الهندي وسائر العود.

ولا بأس أن تكري أرضك بشجر بأصولها تأخذها من المكتري، إن لم يكن فيها يومئذ ثمر، فإن كان فيها ثمر؛ لم يجز.

كما كره مالك شراء شجر فيها ثمر بطعام عاجل وآجل[5].

يريد بقوله: لا بأس به إذا كانت أرضك مأمونة.

وقوله: إن كان في الشجر ثمر لم يجز.

يريد: ثمراً لم يؤبر ولو أبر جاز، لأنها تبقى لربها، ويجوز بيع رقبة الأرض بشجر فيها ثمر، كما يباع بطعام عاجل وآجل.

---

(1) انظر: المدونة: 8/251، 252.

(2) في (ش): (بغير).

(3) متفق عليه، أخرج البخاري: 2/826، في باب كراء الأرض بالذهب والفضة، من كتاب المزارعة، رقم: 2220، ومسلم: 3/1181، في باب كراء الأرض بالذهب والورق، من كتاب البيوع، برقم: 1547، ومالك في الموطأ: 2/711، في باب ما جاء في كراء الأرض، من كتاب كراء الأرض، برقم: 1390.

(4) في (ش): (يبدأ).

(5) انظر: المدونة: 8/258.

وإذا[1] أعطيت أرضك لرجل ليزرع لك فيها حنطة من عنده بطائفة من أرضك يزرعها لنفسه؛ لم يجز، لأنك أكريته أرضك بما تنبت الأرض[2].

وإن دفعت إليه أرضاً لك يزرعها بحبك على أن له طائفة أخرى من أرضك يريد دفعها إليه ملكاً وليست[3] مما يزرع؛ جاز ذلك.

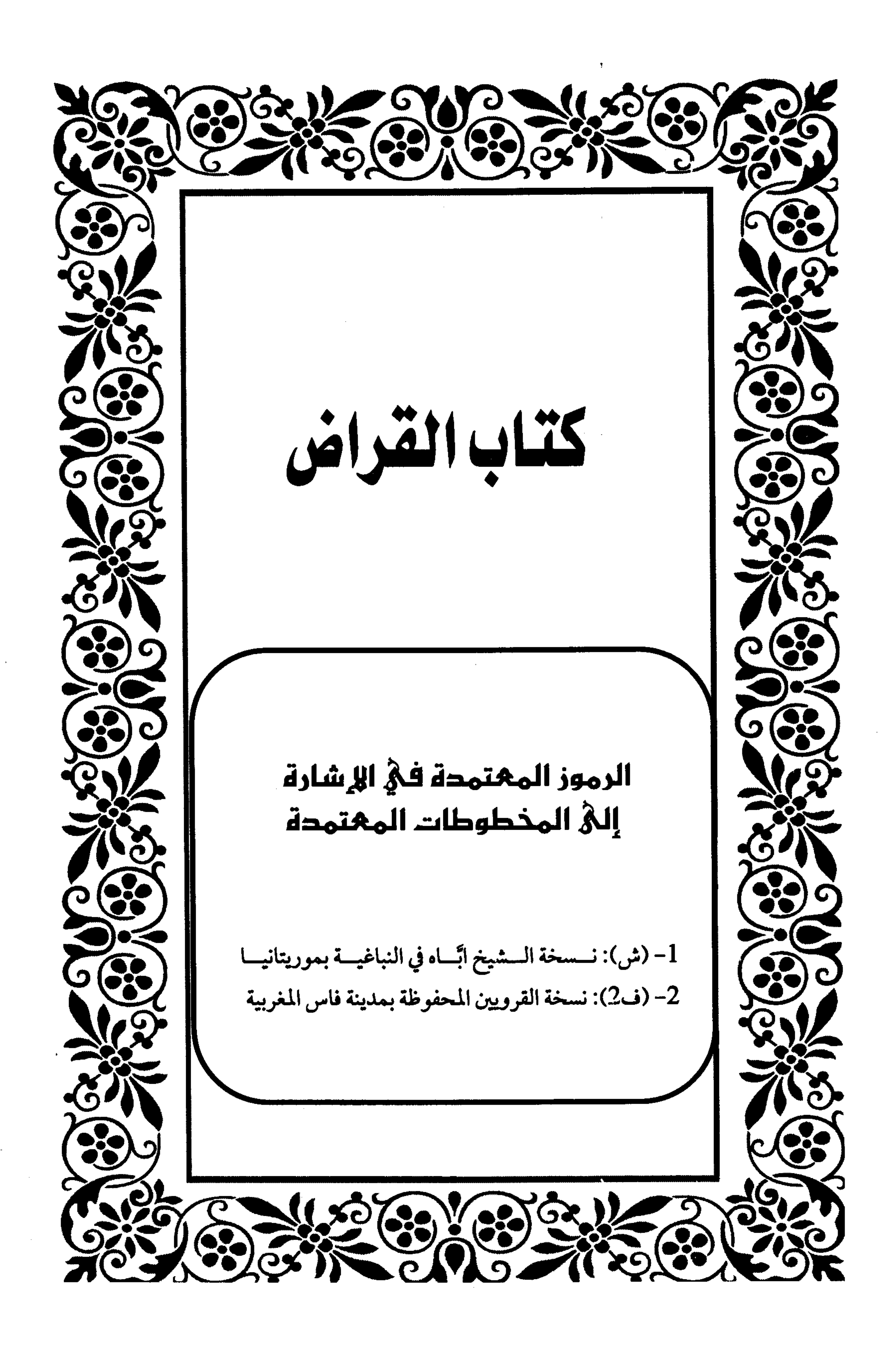
وإن قلت له: اغرس لي أرضي هذه نخلاً أو شجراً بطائفة أخرى من أرضي؛ جاز ذلك، وهذا ككراء[4] الأرض بالخشب[5].

وفي الباب الأول بقية ما يحل ويحرم من كراء الأرض مما[6] لا يشبه معاني هذا الباب.

تم كتاب كراء الدور والأرضين،
بحمد الله وعونه[7]



(1) في (ف2): (وإن).
(2) انظر: المدونة: 8/267.
(3) في (ش): (ليست).
(4) في (ش): (لكراء).
(5) انظر: المدونة: 8/267.
(6) في (ش): (بما).
(7) قوله (تم كتاب كراء الدور... وعونه) ساقط من (ش).



كتاب القراض

الرموز المعتمدة في الإشارة
إلى المخطوطات المعتمدة

1- (ش): نسخة الشيخ أبّاه في النباغية بموريتانيا
2- (ف2): نسخة القرويين المحفوظة بمدينة فاس المغربية



كتاب القراض[1]

وجه العمل في القراض، وما يجوز من شروطه، وما يضمن فيه بمخالفة الشرط فيه

قال الليث: كان القراض في الجاهلية، فأقر وصار سنة في الإسلام[2].

وقد عمل به عمر وعثمان[3]، وصدر الأمة، واتبع فيه خلف الأمة سلفها.

وهو كالذي سن الرسول عليه [الصلاة و] السلام في المساقاة سواء[4].

---

(1) عياض: وله اسمان: القراض والمضاربة.

فالقراض: مأخوذ من القرض؛ قال صاحب العين: أقرضت الرجل إذا أعطيته ليعطيك، فهي عطية ليجازى عليها صاحبها. قال الله تعالى: ﴿مَّن ذَا ٱلَّذِي يُقۡرِضُ ٱللَّهَ قَرۡضًا حَسَنٗا﴾ [سورة البقرة آية: 245]. والقراض: عطية ليجازى عليها بجزء من ربحها، والقرض في السلف من هذا، فكأن القراض سلف ينتفع آخذه لكن لا ضمان عليه فيه وعليه رده، ومكافأة ما صنعه من هنا معه ربه بما يدخله عليه فيه من ربح، ولهذا سمي هذا مقارضة؛ إذ المنفعة فيه والرغبة من الاثنين اللذين منهما تتم المفاعلة ولا يكون ذلك في السلف؛ إذ النفع فيه للمتسلف وحده.

واختلفوا في الشروط التي بها يصح، فعندنا أن شروطه عشرة:

نقد رأس المال للعامل، وكونه معلوما، وكونه غير مضمون على العامل، وكونه مما يتبايع به أهل بلدهما من العين؛ مسكوكا كان أو غير مسكوك، ومعرفة الجزء الذي تقارضا عليه من ربحه، وكونه مشاعاً لا مقدراً بعدد ولا تقدير، وأن لا يختص أحدهما بشيء معين سواه، إلا ما يضطر إليه العامل من نفقة، ومؤنة في السفر، واختصاص العامل بالعمل، وأن لا يضيق عمله بتحجير أو تخصيص يضر بالعمل، وأن لا يضرب... له أجلاً.اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2035، 2036.

(2) انظر: التنبيهات المستنبطة، لعياض، ص: 2036، والتبصرة، للخمي، ص: 5225،

(3) انظر: الزاهي، لابن شعبان، ص: 365.

أخرج مالك: 2/688، في باب ما جاء في القراض، من كتاب القراض، رقم (1373)، والبيهقي 6/111، في كتاب القراض، رقم: 11386، من حديث العلاء بن عبد الرحمن عن أبيه عن جده: "أن عثمان بن عفان أعطاه مالا قراضا يعمل فيه على ان الربح بينهما".

(4) والحديث متفق عليه، أخرجه البخاري: 2/798، في باب إذا استأجر أرضا فمات أحدهما، من كتاب الإجارة، برقم: 2165، ومسلم: 3/1186، في باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر =

وذلك مستخرج بالرخصة من الإجارة المجهولة، وكاستخراج[1] بيع العرية، والشرك في الطعام [(ش: 29/ب)] والتولية؛ فالعمل به جائز على ما جرى من سنته[2]؛ ما لم يتغير ذلك بفساد عقد أو شرط فيخرجه[3] عن حد رخصته.

قال ابن القاسم: فلا ينبغي القراض إلا بالدنانير والدراهم، ولا يجوز بنقار الذهب والفضة[4].

وروى غيره لمالك إجازته بالنقار[5].

قال ابن القاسم: فإن نزل؛ أمضيته، ولا يجوز بالفلوس؛ إذ قد يفسد ويصير عرضاً[6].

وقد اختلف قول مالك في بيعها بالعين إلى أجل، وأجاز أشهب القراض بها[7].

ولا خير في القراض بطعام، أو عرض؛ كان مما يكال أو يوزن، أم لا؛ للغرر بتغير الأسواق عند المفاصلة ويفسخ ذلك، وإن بيع ما لم يعمل بالثمن، فإن عمل به؛ فله أجر مثله في بيعه، وقراض مثله في الثمن.

وكذلك في دنانير على أن يصرفها ثم يعمل بها[8]، أو على أن يقتضي من غريمك =

والزرع، من كتاب المساقاة، برقم: 1551، من حديث ابن عمر رضي الله عنهما، ومالك: 2/703، في باب ما جاء في المساقاة، من كتاب المساقاة، برقم: 1387، عن سعيد بن المسيب مرسلاً. ولفظ الصحيحين: أعطى رسول الله ﷺ خيبر لليهود أن يعملوها ويزرعوها ولهم شطر ما يخرج منها. وكانت هذه أول مساقاة في الإسلام؛ مساقاة النبي ﷺ يهود خيبر على الشطر حين افتتحها.

(1) في (ش): (كاستخراج).

(2) في (ش): (سننه).

(3) في (ش): (فيخرج).

(4) انظر: المدونة: 8/412.

(5) في(ش): (بنقار)، وانظر المسألة في: النوادر والزيادات: 7/243.

(6) انظر: المدونة: 8/409 و410.

(7) في (ش): (فيها)، وانظر المسألة في: النوادر والزيادات: 7/244.

(8) عياض: وقوله في الذي: (يعطيه دراهم ليصرفها دنانير ويعمل بها قراضاً: لا يعجبني؛ لأن في هذا منفعة لرب المال).

قال فضل: هذا إذا كان الصرف في البلد له بال، وقد ذكر أَشْهَب عن مالك: أنه يرد إلى قراض مثله، =

ديناً ثم يعمل به؛ فله أجر الصرف والتقاضي وقراض مثله إن عمل به[1].

قال عبد العزيز: ولا تدفع إليه سلعتك، وتقول: قامت عليّ بكذا، فما كان فيها من ربح بعد ذلك، فبيني وبينك، وهذا له أجر مثله، وما كان في سعلتك من ربح، أو وضيعة؛ فلك وعليك[2].

قال أبو محمد: يظهر لي في مسألة عبد العزيز أنه إن كان قصد إلى أن يعمل بالثمن، ويكون ما قامت به عليه رأس المال عند مفاصلتهما[3] أنه أجير في كل شيء؛ لأنه زيادة مشترطة، إما لرب المال أو للعامل، بخلاف القراض بالعرض، ولا يرتب له ثمناً، وهذا على أصل قول[4] ابن القاسم.

وأما عبد العزيز فيرى في كل قراض فاسد أجر مثله[5].

ويعطى أجرة صرفه، فإن لم يكن له بال مضى وهذا إذا كان التعامل في البلد بالدنانير، وليصرف رأس المال دنانير. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2040 و2041.

(1) قوله: (به) ساقط من (ف2).

(2) انظر: المدونة: 8/413.

(3) قوله: (عند مفاصلتهما) يقابله في (ش): (عنده فاصلتهما).

(4) قوله: (قول) ساقط من (ش).

(5) عياض: ومذهب الكتاب في القراض الفاسد كله: أنه يرجع فيه إلى أجرة مثله، إلا في تسع مسائل: القراض بالعروض، وإلى أجل، وعلى الضمان، والقراض المبهم، والقراض بدين يقبضه المقارض من أجنبي، والقراض على شرك في المال، والقراض على أنه لا يشتري إلا بالدين فاشترى بالنقد، والقراض على أن لا يشتري إلا سلعة كذا مما لا يكثر وجوده فاشترى غير ما أمر به، والقراض على أن يشتري عبد فلان، ثم يبيعه ويتجر بثمنه، ومما جعل فيه قراض المثل.

في الكتاب مسألة عاشرة ليست من القراض الفاسد، وهو إذا اختلف المتقارضان، وأتيا بما لا يشبه، وحلفا؛ هذا مذهبه في الكتاب. وقد عبر بعضهم عن مذهب الكتاب، ومذهب ابن القاسم فيه، وروايته عن مالك، وهو الذي حكاه ابن حبيب عنه أنه يرد إلى قراض مثله في كل منفعة اشترطها أحد المتقارضين على صاحبه داخلة في المال ليست بخارجة عنه ولا خالصة لمشترطها.

وقد أشار ابن القاسم إلى هذا المعنى في الكتاب قالوا: ويرد إلى أجر مثله، بكل حال على رب المال في كل منفعة اشترطها أحدهما على صاحبه، خالصة وخارجة من المال، وفي كل غرر، وحرام تعاملاً عليه خرجاً به عن سنة القراض، وهو قول مُطرِّف وابن عبد الحكم وابن نافع وأصبغ وجماعة من

قال ابن القاسم: وما ليس فيه شرط زيادة[1] لأحدهما من القراض الفاسد؛ ففيه إن نزل قراض مثله، كالقراض على ضمان أو إلى أجل، أو ما ذكرنا من العروض والصرف والتقاضي، وعلى أن يشتري عبد فلان، ثم يشتري بعده ما شاء؛ فإنه أجيرٌ في شرائه وبيعه، وفيما بعد ذلك على قراض مثله.

وهو كمن ساقى نخلة سنين، وفيها ثمرة قد طابت؛ فله أجر سقيه ونفقته في هذه الثمرة وهي لربها، وفيما عمل بعد، وذلك على مساقاة مثله[2].

قال ابن حبيب: إن قال له: بعْ هذا العرض واعمل به قراضاً، فباعه بعرض، ثم باع العرض الثاني بعين، وعمل به؛ فرأس مالهما الأكثر من قيمة العرض الأول، أو من ثمن الثاني وله أجره في بيعه العرض الأول لا في الثاني.

ولو قال له: خذ هذا العرض قراضاً- والمسألة بحالها-؛ كان رأس المال قيمة

= أئمتنا واختيار ابن حبيب؛ إلا أنه يرى الإجارة إنما هي في ربح إن كان في المال، وإن لم يكن فيه ربح لم يكن له شيء، وغيره ممن تقدم يرى أنها منفعة متعلقة بذمة رب المال وهو المشهور ونص ما في الكتاب، ومذهب عبد الملك وأَشْهَب. وروي عن مالك أن جميع القراض الفاسد يرد إلى قراض مثله من غير تفصيل، فهذه في الجملة ثلاثة أقوال.

وخرج عبد الوهاب قولاً رابعاً على ما ذهب إليه محمد بن المَوَّاز: أنه يرد إلى قراض مثله ما لم يكن أكثر من الجزء الذي سمى إن كان رب المال هو مشترط الشرط فإنما يكون له الأقل من قراض المثل أو الأجرة أو من جزئه المشترط من الربح.

وفيها قول خامس ذهب إليه ابن نافع في بعض هذه الصور: أنهما يمضيان على قراضهما ويسقط الشرط، قاله في القراض إلى أجل أنه يسقط الأجل، وهذا يأتي على الاختلاف في بيع وشرط، والقول بسقوط الشرط وصحة البيع على أنهم استبعدوا قول ابن نافع هذا.

وفيها سادس لابن نافع - أيضاً - في شرح ابن مزين: أن لمشترط الزيادة إسقاطها، ويبقيان على قراضهما، فإن أبيا أبطلناها ورد إلى أجرة مثله، والمال وربحه ووضيعته لربه.

القول السابع: قول عبد العزيز في الكتاب أنه يرد في كل شيء إلى أجرة مثله، وهو مذهب الشافعي وأبي حنيفة. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2037، ومابعدها.

(1) في(ش): (بزيادة).

(2) انظر: المدونة: 8/ 451، 452.

العرض الأول وله أجره في بيعه الأول، ولا ينظر إلى ثمن العرض الثاني ولا قيمته؛ لأنه داخل في تجارة قراضهما[1].

قال ابن المواز[2]: قال مالك: إن أخذ قراضاً[3] على الضمان؛ فله الأقل من قراض مثله، أو مما سمى له من الربح[4].

قال ابن المواز: كل ما يكون فيه أجر من القراض الفاسد؛ فهو أسوة الغرماء في الموت والفلس، وقاله ابن القاسم.

قال[5] ابن القاسم في المدونة: وإن قارضه ولم يسم ما له من الربح، أو قال: على أن لك شِرْكاً لم يسمه؛ كان على قراض مثله.

قال غيره في قوله لك شرك: أن له النصف إن تقاررا، أو قامت بينة[6].

ولا بأس بما شرطا من أجزاء[7] الربح من قلة، أو كثرة.

قال: وسئل مالك عمن أخذ قراضاً على أن جميع الربح له، ولا ضمان عليه؟ قال: ذلك جائز، قاله مالك فيمن أعطى رجلاً[8] مالاً يعمل به على أن له الربح ولا ضمان عليه[9]، ....

---

(1) انظر: النوادر والزيادات: 7/ 244.

(2) قوله: (قال ابن المواز) يقابله في (ف2): (محمد).

(3) قوله: (إن أخذ قراضاً) يقابله في (ف2): (وإن أخذه).

(4) انظر: النوادر والزيادات: 7/ 251.

(5) في (ف2): (وقال).

(6) انظر: المدونة: 8/ 419.

(7) قوله: (من أجزاء) يقابله في (ش): (في أخذ).

(8) في (ف2): (لرجل).

(9) عياض: وقوله في: (الذي يعطي المال على أن يكون الربح كله للعامل ولا ضمان عليه: لا بأس به).
قال سحنون: ويكون ضامناً كالسلف.
قال فضل: إنما هذا إذا لم يشترط ألا ضمان عليه.
وقال محمد: إذا قال خذه قراضاً ولك ربحه فهذا لا ضمان عليه، وإن قال: خذه واعمل به، ولك ربحه، ولم يذكر قراضاً فهو ضامن).اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2041.

وكذلك[1] المساقاة.

وإن أعطيته مالاً[2] قراضاً على أن له[3] النصف، ثم تراضيتما بعد[4] أن عمل أن[5] تجعلاه على أن[6] الثلثين [(ش: 30/أ)] له أو لك؛ جاز ذلك[7].

ولا بأس أن تجعلا ثلث[8] الربح للمساكين، ولا ينبغي أن ترجعا فيه، ولا أقضي به عليكما.

وإن قارضت رجلين على أن النصف لك، ولأحدهما الثلث، وللآخر السدس؛ لم يجز، وهما كشريكين[9]، وكأن أحدهما عمل ببعض ربح[10] صاحبه[11].

قال[12] ابن حبيب: فإن نزل؛ فلرب المال النصف، والنصف للعاملين على ما

---

(1) في (ش): (كذا).

(2) قوله: (مالا) زيادة من (ف2).

(3) قوله: (أن له) ساقط من (ف2).).

(4) زاد بعده من (ف2): (ذلك علي).

(5) قوله: (عمل أن) ساقط من (ف2)، والمثبت موافق لما في تهذيب البراذعي: 515/3.

(6) قوله: (أن) زيادة من (ف2).

(7) انظر: المدونة: 416/8 و417.

(8) في(ش): (ثلثى).

(9) في (ش): (شريكان).

(10) قوله: (ببعض ربح) يقابله في (ش): (بربح عمل).

(11) عياض: وقوله: (فيمن دفع إلى رجلين مالاً قراضاً على أن لأحدهما سدس الربح، وللآخر الثلث لا يجوز؛ لأن العاملين بالمال لو اشتركا على مثل هذا لم يجز، وإنما يجوز من هذا إذا عملاً على مثل ما يجوز في الشركة بينهما). قال بعضهم: ظاهر هذا أنه لو كان عملهما على قدر أجزائهما من الربح؛ جاز، ونحوه لحمديس.

وفي سماع أصبغ لا خير فيه، فإن عملا؛ مضى.

قال فضل: القياس أن يرد إلى قراض مثلهما؛ لأنها زيادة داخلة في المال على أصله.

وقال بعض مشايخنا المتأخرين: الصواب جوازه، واعتراض سحنون على ابن القاسم؛ بأن رب المال كأنه زاد أحدهما السدس صحيح وله مكارمة أحدهما دون الآخر. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2041 و2042.

(12) قوله: (قال) ساقط من (ف2).

شرطا، ويرجع صاحب السدس بإجارته فيما فضل لصاحبه به[1].

قال يحيى[2]: إلا أن يكون ذلك أكثر مما فضل له من الربح.

قال ابن القاسم: ولا تدفع إليه ديناً لك عليه، أو وديعةً لك عنده قراضاً، وهذا اغتزاء للزيادة بتأخير الدين، ولعله أنفق الوديعة، فيصير كالدين[3].

قال في غير المدونة: فإن نزل في الوديعة؛ كانا على قراضهما، وأما الدين؛ فليس لربه إلا رأس ماله، وقيل: إنه كالوديعة، ذكره محمد بن عبد الحكم عن أشهب[4].

ولا يشترط في القراض غير ما عرف من سنة.

ومما يجوز اشتراطه فيه أن لا يسري بليل[5]، ولا يحمل في بحر، ولا ينزل بطن واد، ولا يشتري سلعة كذا، فإن فعل؛ تعدى وضمن[6].

قال عبد العزيز، وابن القاسم: ولا يشترط أحدهما درهماً، فأكثر سوى جزء ربحه، ولا معونة رب المال بنفسه، قال عبد العزيز: أو بعبده[7].

واختلف قول مالك في العبد، قال ابن القاسم: يجوز شرط المعونة بعبده، أو[8] دابته في المال خاصة، وكذلك المساقاة.

ولا يشترط[9] عمل رب المال، فإن نزل؛ كان العامل في القراض أجيراً، وإن

---

(1) انظر: النوادروالزيادت: 7/ 273.

(2) قوله: (به؛ قال يحيى) زيادة من (ف2).

(3) انظر: المدونة: 8/ 414.

(4) قوله: (ذكره محمد بن عبد الحكم عن أشهب) ساقط من (ف2)، وانظر المسألة في: النوادر والزيادات: 7/ 245.

(5) قوله: (لا يسري بليل) في طبعات المدونة الثلاث: (ولا يشتري بليل)، وتهذيب البراذعي: (ولا يسري به بليل)، واللفظ المثبت مذكور في كتاب الرواحل والدواب: 8/ 170، ولكن بمعنى أخذ شرط على الأكرياء وتضمينه بمخالفته.

(6) انظر: المدونة (زايد): 8/ 458، و(العلمية): 3/ 652، و(السعادة): 5/ 115، وتهذيب البراذعي: 3/ 533.

(7) انظر: المدونة: 8/ 413.

(8) في (ف2): (و).

(9) في (ش): (يشرط).

عمل بغير شرط؛ كرهته إلا العمل اليسير، ولا يشترط رب المال معونة عبد العامل، أو دابته[1].

ولا يجوز اشتراط عمل يد العامل لخفاف، أو صناعة[2] أو غيرها، فإن نزل؛ كان أجيراً والربح والوضيعة لرب المال وعليه.

قال يحيى: ويكون أحق بما عمل من الغرماء؛ حتى يأخذ إجارته[3].

يريد: حتى يأخذ إجارته فيه؛ لا في القراض[4].

وإن دفعت إليه مائتين على أن يعمل بكل مائة على حدة وربح مائة لأحدكما وربح الأخرى بينكما؛ لم يجز للغرر ويكون العامل أجيراً.

وكذلك على أن مائة على النصف ومائة على الثلث، ويعمل بكل مائة على حدة[5].

وكذلك في مساقاة الحائطين، حتى يكونا على جزء واحد.

محمد: أو يشترط في القراض الخلط[6].

وإن قارضت رجلاً على النصف، فلم يعمل حتى زدته مالاً آخر على النصف على أن يخلطهما؛ فهو جائز.

قيل:[7] فإن زدته مالاً على الثلث، قال: كره مالك دفع المالين أحدهما على النصف، والآخر على الثلث على أن لا يخلطا[8].

---

(1) انظر: المدونة: 450/8.

(2) في (ف2): (صياغة)، والمثبت موافق لما في تهذيب البراذعي: 514/3.

(3) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 549/10.

(4) قوله: (يريد: حتى يأخذ إجارته فيه؛ لا في القراض) ساقط من (ف2).

(5) قوله: (وربح مائة لأحدكما وربح الأخرى بينكما لم يجز... حدة) ساقط من (ش).

(6) انظر: النوادر والزيادات: 275/7.

(7) قوله: (قيل) ساقط من (ش).

(8) عياض: وقوله في المقارض: (يشتري سلعة ثم يدفع إليه رب المال قراضاً ليعمل به على حدة بالثلث أو النصف: لا أرى به بأسا، قلت: وكذلك لو باع السلعة ولم يأمره أن يخلطه بالأول فنض في يده الأول، وفيه خسارة أو ربح، فقال: إن كان باعها بمثل رأس المال فلا بأس أن يدفع إليه مالاً على

قال سحنون: ويجوز على أن يخلطا؛ لأنه يرجع إلى جزء معلوم[1].

وروى أبو زيد أنهما[2] إن لم يخلطا؛ لم يجز[3].

وإن كان على نصف ونصف.

قال ابن القاسم-: فإن اشتغل الأول؛ لم يجز أخذه للثاني على الخلط؛ إذ قد يخسر في الثاني؛ فيلزمه جبره بما ربح في الأول، وإن كان قيمة سلع[4] الأول كرأس المال، فإن =

مثل القراض الأول لا زيادة فيه ولا نقصان، وإن كان بربح أو خسارة فلا خير فيه بوجه، شرط خلطه أو لم يخلطه).

اختصرتها على المعنى، وذكر قول غيره، وقد اختلف في معنى قوله في المسألة الأولى التي جوزها بشرط، إذا كان مثل القراض الأول إذا لم يكن فيها ربح؛ فذهب ابن لبابة إلى أن معنى ذلك على غير الخلط، ولو كان على معنى الخلط لجاز وإن اختلفت الأجزاء. ويعضد هذا ما له في كتاب محمد: لا بأس أن يأخذ مائتين على أن يعمل بكل مائة على حدة، إذا كانت على جزء واحد، فإن اختلفت الأجزاء لم يجز، إلا على الخلط، وإلى هذا نحا فضل في معنى قوله.

وقيل: الأظهر على لفظ الكتاب خلاف هذا أو إنه لا يجوز إلا على الخلط وإن اتفقت الأجزاء، بدليل قوله في المسألة بعدها: (وإن اشترط عليه ألا يخلطه)؛ فدل أن كلامه في الأولى على الخلط، وهو قول ابن حبيب، ورواية أبي زيد، وتأويل أبي محمد، وقال فضل: إلا أن يريد أن الأول لم يحضر في وقت دفع الثاني حتى يعرف صحة الأمر فيه كما عرف، إذا كان ذلك في وقت واحد.ولم يختلفوا في جواز المسألة في دفع المالين على الخلط في الابتداء، اختلف الجزء أو اتفق، ولم يختلفوا على اختلاف الأجزاء، وترك الخلط أنه لا يجوز، وتلخيص هذه الجملة أنه ما لم يشغل المال فليزده رب المال ما شاء على ما شاء، إذا كان على الخلط؛ كما لو قارضه بمالين، ولا يجوز على غير الخلط بحال، فإذا شغله بشيء لم يجز أن يزيده على الخلط بحال، وجاز - على كل حال - على أن لا يخلط، فإذا باع السلع ونض مثل رأس المال جاز أن يزيده على مثل القراض الأول على الخلط.

ويختلف في ترك الخلط، وإن كان فيه ربح أو وضيعة لم تجز الزيادة بحال لا على الخلط ولا على غيره، إلا أن يتقابضا، ويتفاصلا، ثم يستأنفا القراض وخالفه غيره إذا كان فيه ربح على ما نصه في الكتاب. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2047، وما بعدها.

(1) انظر: المدونة: 8/454.

(2) في (ش): (أنه).

(3) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 7/246.

(4) في (ش): (مبلغ).

الأسواق قد تحول، وأما على أن لا يخلط؛ فجائز على جزء الأول أو أقل أو أكثر، فإن خسر في الأول وربح في الآخر؛ فليس عليه أن يجبر هذا بهذا.

قيل: فإن تَجِرَ في الأول، ثم نضّ له، ثم أخذ الثاني ولم يذكرا خلطاً، قال: إن نضّ رأس المال الأول سواء؛ جاز أخذه للثاني على مثل جزء الأول؛ لا أقل ولا أكثر ويخلطان[1] على رواية أبي زيد.

وإن نضّ وفيه ربح أو وضيعة؛ لم يجز أخذه للثاني على الخلط ولا على غير الخلط.

قال: غيره: إن ربح في الأول؛ جاز أخذه للثاني [(ش: 30/ب)] على مثل[2] القراض الأول في الربح على ألا يخلطه[3].

وإن شرطا أن لأحدهما درهماً قبل القسمة؛ فسد القراض، والربح كله لرب المال، والوضيعة عليه، وللعامل أجر مثله.

وإن ضاع المال وهو بأجره أسوة الغرماء في المال، وفي غيره.

وإن شرط أن يسلفه رب المال سلفاً؛ كان أجيراً، وكذلك كل ما فيه شرط زيادة لأحدهما خاصة.

زاد أبو زيد عن ابن القاسم عن مالك فيمن قارض رجلاً بمائة، وأسلفه مائة: أن ربح مائة السلف للعامل ومنه ضمانها، وهو في المائة الأخرى أجير.

ولا ينبغي قراض وشركة معاً.

ولو شرطت إخراج مثل المال يعمل به مع ذلك وله ثلاثة أرباع الربح؛ لم يجز؛ لأنه نفع اشترطه لكثرة المال[4].

ومن الرهون: ولا يجوز للمقارض أن يشتري بالدين على القراض، وإن قال له رب المال: اشترِ على القراض بالدين؛ فهذه مضاربة لا تحل، ولو جاز هذا؛ جاز أن

---

(1) في (ف2): (ويخلطا).

(2) في (ش): (مثل)، وانظر المسألة في: المدونة: 8/455.

(3) في (ش): (يخلط)، وانظر المسألة في: المدونة: 8/455.

(4) زاد بعده في (ف2): (... كثرة مال العامل)، وانظر المسألة في: تهذيب البراذعي: 3/528

يقارضه بغير مال[1].

ومن كتاب القراض: وللعامل أن يتجر بالمال في الحضر والسفر حيث شاء، إلا أن يحظر عليه بلداً، أو يقول: على أن لا تخرج من بلدي هذا؛ فذلك جائز، ولا ينبغي له أن يخرج، فإن لم يشترط ذلك؛ فليس له أن ينهاه عن السفر إذا أشغل[2] المال[3].

ولو هلك رب المال بعد تجهزه[4] به؛ كان له النفوذ إلى البلدة التي تجهز إليها[5]، ولا خير في أن يشترط عليه الخروج إلى بلد يسميه[6].

قال في كتاب الجعل: أو على أن يخرج به إلى إفريقية[7].

قال في كتاب[8] القراض: أو على أن يجلس به -هاهنا- في حانوت من البزازين، أو على أن يجلس في القَيْسَارِيّة[9]، أو على أن لا يشتري إلا من فلان، أو إلا سلعة فلان، أو على أن لا يتجر إلا في سلعة كذا -وليس وجودها بمأمون-، أو على أن يزرع، فإن نزل ذلك كله[10]؛ كان له أجره، وما كان من زرع أو فضل أو خسارة؛ فلرب المال وعليه، ولو علم[11] أنه يجلس في حانوت؛ ....

(1) انظر: المدونة: 9/297 و298.

(2) في (ش): (استعمل).

(3) عياض: وقوله في آخر باب المقارض (يشترط عليه ألا يسافر بالمال: إذا أراد رب المال أن يبيع العامل السلعة مكانه ليس ذلك له - إلى قوله -: لئلا يذهب عمل العامل باطلاً).

زاد في بعض الروايات ابن وهب: (وقال الليث مثله إلا أن يكون طعاماً يخاف عليه السوس أو ما يشبهه، فيتلف رأس المال، فإنه يؤمر حينئذ بالبيع).

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2050، 2051.

(4) في (ف2): (تجهز).

(5) في (ف2): (إليه).

(6) انظر: المدونة: 8/461، 462.

(7) انظر: المدونة: 8/87.

(8) قوله: (كتاب) ساقط من (ش).

(9) القيسارية سوق كبير في المدن العتيقة.

(10) قوله: (كله) ساقط من (ش).

(11) قوله: (علم) ساقط من (ش).

فهو جائز ما لم يشترطه[1] عليه[2].

ولو زرع العامل من غير شرط؛ جاز إن كان بموضع أَمْنٍ وعَدْل، وأما إن خاطر به في موضع ظلم وغرر، يرى أنه خطر؛ فإنه ضامن، ولو أخذ العامل نخل مساقاة وأنفق عليها من المال؛ كان كالزرع ولم يكن متعدياً[3].

ولا يجوز أن يقارضه على أن لا يبيع إلا بالنسيئة.

قال محمد: وإن نزل؛ كان أجيراً، وكذلك على أن يسلف[4] في السلع بشرط.

قال محمد: قال مالك وأصحابه: لا يجوز للعامل أن يبيع بالدين، أو يسلف على الغلات إلا أن يأذن له رب المال، فإن فعل ذلك بغير إذنه؛ ضمن.

قال محمد: وأما شراؤه بالدين، فلا يجوز [(ش: 31/أ)] وإن أذن له[5] رب المال.

قال محمد: وإن[6] أخذ المال بشرط على أن لا يبيع إلا بالدين، أو على أن يسلف؛ فهذا فاسد، ويكون له أجر مثله، ويتولى رب المال التقاضي[7].

قال ابن القاسم: ولو قارضه على ألا يشتري إلا البزّ، فإن كان موجوداً في كل أوان؛ جاز، ثم لا يعدوه إلى غيره، ثم ليس له أن يبيع البزّ بعرض سواه، فيصير مبتاعاً لغير البز.

---

(1) في (ش): (يشترط).

(2) عياض: وقوله في الذي قال لرجل: (اجلس في هذا الحانوت وأعطيك مالاً تتجر به فما ربحت فلك نصفه: فهذا لا خير فيه)، كذا في أصل ابن عتاب، وخارج كتابه: فهذا أجير فيه،، لابن وضاح، وكذا في أصل ابن سهل، وهو على أصل ابن القاسم؛ صحيح الجواب، وكذا قال في المسألة قبلها التي يبين هذه بها. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2051.

(3) انظر: المدونة: 8/462، وما بعدها.

(4) قوله: (أن يسلف) يقابله في (ف2): (إن تسلف).

(5) في (ش): (به).

(6) في (ف2): (وأما إن).

(7) انظر: النوادر والزيادات: 7/259.

ولو قال بعد أخذه[1] المال: لا تشتر إلا البزّ؛ فذلك له ما لم يشغل المال، ولا يجوز أن يقارضه على ألا يشتري هو، وتنقد أنت وتقبض ثمن ما باع، أو تجعل معه غيرك لمثل ذلك أميناً عليه[2].

ولا خير في أن يجعل معه رب المال ابنه؛ ليبصّره التجارة؛ ولأنه نفع ازداده رب المال في تبصرة[3] ولده.

وكذلك إن جعل معه أجنبياً أراد نفع الأجنبي بذلك، كصديق ملاطف؛ أفسدت به القراض[4].

وأكره أن يشتري العامل من رب المال سلعةً، وإن صح منهما؛ لم يصح من غيرهما، ووجه ما كره من ذلك مالك -وإن صح منهما- أن يكون يرجع رأس ماله إليه ويصير إنما قارضه بهذا العرض[5].

ومن ابتاع سلعة، فعجز عن بعض ثمنها، فأخذ من رجل قراضاً ونقده فيها؛ لم أحب ذلك، وأخاف أن يكون قد استغلاها.

ولو صح ذلك؛ لجاز، طرحه سحنون[6].

وإن اشترى سلعةً، ثم سأل رجلاً يدفع إليه مالاً ينقده فيها، ويكون قراضاً بينهما؛ فلا خير فيه، فإن نزل؛ لزمه رد المال والربح والوضيعة له، أو عليه، وهو كمن أسلفه

---

(1) في(ش): (أخذ).

(2) انظر: المدونة: 8/ 457، 458.

(3) في (ش): (تبصيره).

(4) انظر: المدونة: 8/ 453.

(5) انظر: المدونة: 8/ 469.

عياض: قوله: (المقارض يشتري من رب المال سلعة: لا يعجبني، وإن صحت من هذين فلا تصح من غيرهما...) إلى آخر المسألة، وقع في أصل الأسدية: وإن وقع لم أر به بأساً، ومثله في كتاب عبدالرحيم، واختلف قول مالك فيه في كتاب محمد.اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2055، 2056.

(6) انظر: التنبيهات المستنبطة، لعياض، ص: 2055.

ثمن سلعةً على أن له نصف ربحها[1].

قال سحنون: هذا خير من التي فوقها، هذه سمّى له أنه ابتاع سلعةً، والأول لم يذكر له ذلك وأخذ منه المال قراضاً فنقده فيها.

في نفقة العامل وإذا أنفق من عنده، أو زاد في رأس المال، أو ابتاع بأكثر منه، أو خلط ماله به، وفي المال يتلف بعد شراء السلعة، أو يتلف بعضه[2]، ثم يعمل ببقيته، وزكاة القراض

والقضاءُ في القراض أنه لا يقسم فيه ربح إلا بعد كمالِ رأس المال، وأن النفقة للعامل إذا شخص فيه.

قال ربيعة: لو لا نفقته.

يريد: إذا شخص ما حلّ ذلك.

قال[3] مالك: ولا ينفق حتى يشخص؛ فينفق من يوم ظعنه بالمعروف.

قال: ويكتسي إن كان المال كثيراً يحمل ذلك.

يريد: في[4] السفر الطويل[5]- قال: ولا نفقة للمقيم في أهله[6].

قال الليث: إلا أن يشغله البيع؛ فيتعدى بالأفلس[7].

ولا ينفق في تجهزه لسفر حتى يظعن وينفق[8] في ذهابه وإيابه قرب السفر،

---

(1) انظر: المدونة: 8/465.

(2) في (ش): (بنقضه).

(3) قوله: (قال) ساقط من (ش).

(4) في(ش): (وفي).

(5) في(ش): (طول).

(6) انظر: المدونة: 8/421، 422.

(7) انظر: المدونة: 8/421.

(8) قوله: (البيع فيتعدى بالأفلس ولا ينفق... وينفق) ساقط من (ش).

أو بعده[1].

قال[2] محمد: إن كان في المال لذلك محمل، وما فضل رده[3].

قال مالك: وإذا كان رجوعه[4] إلى بلده؛ لم يأكل منه، ولم يكتسِ[5].

قال[6] محمد: يريد: إذا أخذ المال في غير بلده[7].

[(ش: 31/ب)] فأما إن خرج به من بلده؛ فإنه ينفق العامل في سيره[8] ورجوعه، فإن رجع إلى بلده أو إلى بلد رب المال؛ فلا.

ابن القاسم: وله أن يكتسي منه في بعيد السفر ولا يكتسي في قريبه إلا أن يقيم إقامة يحتاج فيها إلى الكسوة[9].

قال ابن حبيب: ومن قول مالك: أنه ينفق في قريب السفر في ركوبه وطعامه، ولا يكتسي إلا في بعيده، وذلك كله في كثرة المال، وإن كان قليلاً ؛فلا[10] نفقة له، ولا كسوة، ولا ركوب[11].

محمد: وقيل: في خمسين ديناراً كثير[12].

قال ابن القاسم: وله أن يؤاجر من يخدمه في سفره؛ إن كان المال كثيراً، وكان مثله لا يخدم نفسه، ويؤاجر أجراءً للأعمال التي لا بد له من ذلك فيها، ويكتري البيوت

---

(1) في (ف2): (بعد).

(2) قوله: (قال) ساقط من (ف2).

(3) انظر: النوادر والزيادات: 7/260، 261.

(4) في (ف2): (رجوع).

(5) انظر: المدونة: 8/420.

(6) قوله: (قال) ساقط من (ش).

(7) انظر: النوادر والزيادات: 7/262.

(8) في (ش): (مسيره).

(9) انظر: المدونة: 8/419 و420.

(10) في(ش): (ولا).

(11) انظر: النوادر والزيادات: 7/261.

(12) انظر: النوادر والزيادات: 7/263.

والدواب لما يحمل ويخزن[1].

وإن قارضه على أن يقيم يتجر بالفسطاط، - وليست ببلده-؛ فلينفق في مقامه؛ لأن المال حبسه، إلا أن يوطنها أو ينتقل لسكناها؛ فلا ينفق، وإن لم يكن له بها أهل.

ولو خرج بالمال إلى بلد فنكح بها، أو وطنها فمن يومئذ لا نفقة له[2].

وإذا خرج من بلد إلى بلد آخر، وله بكل بلدة أهل؛ فلا نفقة له في ذهاب أو إياب، وليس لعامل غريب ظعن بالمال إلى أهله نفقة في ذهابه ولا في مقامه عندهم، وله النفقة في إيابه.

قال مالك: وليس لمن خرج حاجاً، أو غازياً فأخذ قراضاً نفقة ولا كسوة، قيل: فالذين يحجون كل عام ويعملون بأموال الناس، ولولا ذلك ما خرجوا، قال: لا نفقة لهم، ولا كسوة في ذهاب ولا إياب.

وإذا تجهز لسفر بمالٍ أخذه قراضاً من رجل، واكترى وتزود ثم أخذ مالاً[3] قراضاً ثانياً من غيره؛ فليحسب نفقته وركوبه عن المالين بالحصص، وكذلك إذا أخذ مالاً قراضاً فسافرَ به، وبمال لنفسه؛ فالنفقة على المالين[4].

---

(1) انظر: المدونة: 8/422.

(2) انظر: المدونة: 8/420.

(3) قوله: (مالاً) زيادة من (ف2).

(4) انظر: المدونة: 8/423.

عياض: (وقد قال في الباب الآخر بعده (إذا خرج بمال نفسه وغيره: أن النفقة على قدر المالين).

ولقائل أن يقول: تفترق المسألتان؛ لأن هذا خرج بهما معاً ابتداء، والأول ابتداء خروجه لحاجة نفسه فهو أشبه بالحاج، وقال حمديس في هذه المسألة: ينبغي أن تكون أصلاً لمسألة من أراد الحج والغزو وأخذ قراضاً؛ أن يفض النفقة عليه وعلى المال الذي أخذه، ولو كان لم يرد ذلك إلا القراض فنفقته وكراؤه من القراض ولا يضره حجه ولا غزوه إذا لم يشغله عن القراض؛ كما لو استأجر نفسه في حج أو غزو فخرج مع مستأجره وحج عن نفسه أو شهد القتال أن ذلك جائز، إذا لم يشغله عن الإجارة، وله سهمه.

قال فضل: ينبغي أن ينظر إلى قدر نفقته في مسيره في حاجة نفسه، وإلى مال القراض، فتكون النفقة على المالين بقدر كل واحد منهما، ومثله في سماع ابن القاسم. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2045، 2046.

قال مالك: وإن خرج في حاجةٍ لنفسه[1] فدفع إليه رجل مالاً[2] قراضاً؛ فله أن يفُضّ النفقة على مبلغ قيمة نفقته في سفره، ومبلغ القراض فيأخذ من القراض حصتَه، ويكون الباقي عليه[3].

قال محمد: هذا استحسان من مالك، وأحب إلينا أن لا نفقة له، كمن تجهز إلى أهله، وقد قاله مالك[4].

وإذا أنفق في السفر من مال نفسه؛ رجع به في المال، وإن هلك المال، أو اكترى على السلع من ماله فعجز ثمنه عما أدى؛ لم يلزم رب المال شيء، وله أن يأخذ من ثمن

(1) عياض: (وقوله في مسألة الذي يخرج لحاجة نفسه: (أو ليس قد قلت لي في الذي يخرج وينفق من عنده أنه يحسب نفقة مثله - إلى قوله -: إنما قال ذلك مالك إذا أراد أن يخرج في حاجة نفسه) إلى آخر الكلام، ثم ذكر قول سحنون: (إذا خرج في حاجة نفسه، وأعطي مالاً قراضاً فلا ينبغي له أن ينفق من المال الذي أعطي قراضاً؛ لأنه لم يكن خروجه بسبب ذلك المال وإنما كان خروجه لحاجة نفسه)، كذا عندنا في الأصل: يحسب نفقة مثله، وفي بعض الروايات: لا يحسب، ولم يكن عند ابن عتاب قول سحنون آخر الباب، ولا عند ابن المرابط، وثبت في رواية ابن لبابة.

قال ابن لبابة: اختلف الرواة في حروف من هذه المسألة عن سحنون، وموضع الغلط منه رواية من روى: لا يحسب، والدليل على صحة إسقاطها أنه إنما سأله عن رجل لم يخرج إلا بمال القراض، غير أنه أنفق من مال نفسه، وأوجب له الرجوع في مال القراض، فقال السائل: أو ما قد قلت لي فيمن خرج وأنفق من مال نفسه، فإنما احتج عليه، بخلاف جوابه فيما سأله عنه؛ فقال ابن القاسم: قلت لك ذلك لأنه خرج في حاجة نفسه، وفي القراض: ومسألتك إنما خرج من سبب القراض، فالفرق بين المسألتين بيّن، قال ابن لبابة: فأنبأك بأن الجوابين في المسألتين مختلفان، فإذا كان جوابه في المسألة التي لم يشخصه إلا في القراض أن النفقة في القراض، كان الجوابالثاني ضده، وضده قوله: (لا ينبغي أن ينفق من المال الذي يعطى قراضا)؛ لأنه لم يكن أول خروجه بسبب ذلك المال، ويكون كمسألة الغازي والحاج، وإليه ذهب من أثبت: لا، وتكون النفقة تجب على الحالتين اللتين خرج فيهما، وهما حاجته والقراض؛ بدليل قوله: فيفض ذلك على المال القراض ونفقة مثله، وقول سحنون موافق لما في مختصر ابن عبد الحكم.

قال ابن لبابة: إنما أدخله سحنون مخالفة لما قبله).اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2043، وما بعدها.

(2) قوله: (مالا) ساقط من (ش).

(3) انظر: المدونة: 8/ 427.

(4) انظر: النوادر والزيادات: 7/ 262.

المتاع كراءه، وإن اغترقه ، فإن لم يفِ بحقه؛ فلا شيء له، ولا يكون بالكراء شريكاً في السلع.

وأما الصبغ[1] والقصارة؛ فكزيادته في ثمن السلعة على السلف، فإذا[2] دفع إليه رب المال ما أدى؛ كانت على قراضه، وإلا كان شريكاً بما أدى؛ لأن هذا عين قائمة بخلاف الكراء[3].

قال ابن القاسم: فالثمن هو الأصل.

وجرى في كلام غيره ذكر قيمة للصبغ ولا [يعتد به] كمن اشترى لرجل سلعة من عنده بغير أمره، فإما أعطاه الثمن الذي أدى وإلا تركها ولا يقول: أعطيه قيمتها ولو [وهب][4] المتعدى القيمة لم يكن له ذلك، أرأيت إن كانت قيمة الصبغ أكثر مما أدى [...] أن يصبغ ويشتري وليس بمتعد ولو كان مثل من تعدى لكان إنما يكون عليه الثوب[5]

قال غيره: [(ش: 32/أ)] إن دفع رب المال قيمة الصبغ؛ لم يكن ذلك على القراض؛ لأنه كقراض ثانٍ على أن يخلط بالأول بعد أن عمل، وليس كمسألة مالك في زيادة العامل على رأس المال في ثمن سلعة عند الشراء على السلف؛ لأن هذا كقراض ثانٍ قبل اشتغال الأول، وذلك إنما صبغ الثياب بعد الشراء، فإن أعطاه رب المال قيمة الصبغ؛ لم يكن على القراض وله أن لا يعطيه ذلك، وأن يضمنه قيمة الثياب، فإن كان في القيمة فضل فللعامل حصته منه، وهذا[6] [...][7] وإن أبى أن يضمنه؛ كان العامل

---

(1) في (ش): (الصباغ).

(2) في (ف2): (فإما).

(3) انظر: المدونة: 8/424، وما بعدها.

(4) تآكل في المخطوط بمقدار كلمة ولعل الصواب ما أثبتناه.

(5) قوله: (قال ابن القاسم: فالثمن... الثوب) زيادة من (ف2)، وانظر المسألة في: المدونة: 8/246، وتهذيب البراذعي: 3/519.

(6) قوله: (فإن كان في القيمة فضل وللعامل حصته منه وهذا) زيادة من (ف2).

(7) إحالة غير مقروءة في (ف2) بمقدار خمس كلمات.

شريكاً في الثياب بقيمة[1] الصبغ من قيمة الثياب.

وإن أخذ العامل قراضاً فابتاع سلعةً بألف؛ فلم ينقد حتى ابتاع أخرى على القراض بألف أو ابتاع سلعةً بأكثر من رأس المال ليضمن ما زاد ديناً ويكون في القراض؛ لم ينبغ ذلك أن يضمن العامل الدين، ويأخذ رب المال ربحه[2].

قال محمد: وربح السلعة الثانية ووضيعتها على العامل وله.

قال محمد: وهو كمن اشترى سلعةً، ثم أخذ ثمنها[3] قراضاً؛ فذلك لا يحل؛ لأنه دين في ذمة العامل؛ فالربح له والوضيعة عليه[4].

وإن أخذ مائة قراضاً فاشترى سلعة بمائتين؛ كان شريكاً فيها لرب المال، فإن كانت المائة الثانية مؤجلةً عليه قومت المائة المؤجلة بالنقد[5].

---

(1) في(ش): (قيمة).

(2) انظر: المدونة: 426/8،، وما بعدها.

(3) في (ش): (قيمتها).

(4) انظر: النوادر والزيادات: 259/7.

(5) انظر: المدونة: 465/8.

عياض: (وقوله في المقارض (بألف يبتاع عبدين صفقة واحدة بألفين، قال: يكون شريكاً). قالوا: معناه أنه زاد الألف واشترى بها لنفسه، ولو كان للقراض كان رب المال مخيراً عليه على ما تقدم في الكتاب، وإلى هذا ذهب ابن لبابة وغيره، وذهب فضل أنه إنما اشتراها على القراض.

ومعنى قوله: كان شريكا إذا أبى رب المال أن يدفع إليه الألف على ما تقدم في الأم.

ثم قال (فيمن دفع مائة قراضاً فاشترى العامل بمائتين، مائة نقداً ومائة إلى سنة: أرى أن تقوم المائة الآجلة بالنقد)، كذا في كتاب ابن عتاب، ونحوه في كتاب ابن سهل وكثير من الأصول.

قال ابن وضاح: وكذا أصلحها ابن وضاح، قال: وكانت في الكتاب أن تقوم السلعة بالنقد، وهو خطأ، وكذا قال ابن وضاح في العتبية، وكتاب عبد الرحيم، وكذا ألفيت في بعض الأصول من المدونة، هي رواية القابسي عن الدباغ والأبياني، وخطؤوا هذه الرواية، وقاله ابن المَوَّاز والوجهان مرويان عن مالك، قال فضل: قرأ لنا عبد الجبار: تقوم المائة بالنقد، وإن كانت... قيمتها خمسين، وقرأ لنا غيره: وإن كانت قيمتها خمسين ومائة.

قال سحنون: السلعة في كتاب ابن القاسم، وأنا أصلحت: المائة وتقويم السلعة محال.

قال يحيى: وقرأ علينا: "السلعة"، وقال: هي خطأ، قال فضل: وهذا على مذهَبِ ابن القاسم، وأما على ما أصلح سحنون فلا معنى لذكر مائة، وإصلاح سحنون هو على رواية أَشْهَب عن مالك.

=

هكذا أصلحها سحنون، وكان في الأم: تقوم السلعة، فأصلحها سحنون المائة، وهي في[1] رواية لمالك: تقوم المائة.

وروي عنه تقوم السلعة، والذي قال ابن القاسم وأشهب وغيره: تقوم المائة.

قال سحنون: وتقوم السلعة خطأ، وقال نحوه ابن المواز[2].

قال ابن القاسم: فإن سويت خمسين؛ كان شريكاً بالثلث[3].

وكلما زاد العامل؛ فهو شريك له به[4].

قال محمد: إن زاد لنفسه وأما إن زاد للقراض؛ خُيِّر رب المال في دفع الزيادة، أو يكون العامل شريكاً بما أدى، وكذلك إن عجز المال عن قصارة، أو صبغ فأداهما[5].

قال القاضي: لا يصح ذكر لفظة مائة بعد خمسين مع قوله: تقوم المائة كما قال فضل، وإنما يتوجه على قوله: تقوم السلعة.

وسقطت لفظة مائة من كتاب ابن عتاب وابن سهل وأكثر الأصول، وثبتت عند ابن المرابط، وفي بعض النسخ، وقد تقدم أن تقويم المائة هو الصواب، قال محمد بن المَوَّاز: روي لنا عن ابن القاسم في كتاب عبد الرحيم أن تقوّم السلعة بالنقد، فما زادت قيمتها على المائة التي دفع إليه رب المال كان بتلك الزيادة شريكاً.

قال ابن لبابة: السلعة ثابتة في الأسدية، وكذا في بعض روايات المدونة: تقوم السلعة بالنقد فتعرف زيادة قيمتها على مال القراض، فيشترك به صاحب المال، وهذا نحو ما حكاه محمد عن كتاب عبد الرحيم.

قال ابن لبابة: وقال سحنون: تعرف قيمة الدين بالنقد فيشترك رب المال بتلك القيمة، وفي بعض الروايات أسقط القول الأول، وجعل قول سحنون مكانه، ومحمد بن عبد الرحمن الأسدي، عن عروة - بفتح السين - أسد قريش وهو أبو الأسود، المعروف بيتيم عروة، شيخ مالك. ومقدم مولى أم الحكم، بفتح القاف والدال).اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2051، وما بعدها.

(1) قوله: (في) ساقط من (ف2).

(2) انظر: النوادر والزيادات: 7/258، والتنبيهات المستنبطة، لعياض، ص: 2047.

(3) انظر: المدونة: 8/465.

(4) قوله: (له) ساقط من (ف2).

(5) انظر: النوادر والزيادات: 7/257، 258.

وإذا لم يدر ما يغرم في الشراء أماله، أو مال القراض؛ فأحسن ذلك أن يخلطهما، ولا يكون ذلك بشرط.

وإذا ابتاع سلعةً ثم ضاع المال؛ خُيّر ربه في دفع ثمنها على القراض، فإن أبى؛ لزم العامل الثمن وكانت له خاصة، فإن لم يكن له مال؛ بيعت عليه فما ربح وما وضع فعليه.

فإن[1] نقد فيها رب المال؛ كان ما نقد الآن رأس ماله دون الذاهب، ولو ضاع[2] المال والسلعة؛ لضمن العامل الثمن - أيضاً- على ما ذكرنا.

وإن ضاع المال وبقيت منه بقية فعمل بها؛ جبر بفضلها أصل المال قبل العمل أو بعده.

وكذلك يجبر ما خسر، أو أخذته اللصوص فما بقي بعد تمام رأس المال الأول؛ كان بينهما، ولو كان قد قال: لا أعمل حتى يجعل ما بقي رأس المال ففعلا وأسقط الخسارة؛ فهو أبداً[3] على القراض الأول، وإن حاسبه وأحضره ما لم يقبضه منه[4].

وليس ما استهلك العامل مثل ما ذهب أو خسر؛ لأن ما استهلك قد ضمنه ولا حصة [(ش: 32/ب)] لذلك من الربح، إلا أنه تمام رأس المال[5].

وإن تسلف نصف المال أو أكله[6]؛ فالنصف الباقي في[7] رأس المال وربحه على ما شرطا، وعلى العامل؛ غرم النصف فقط ولا ربح لذلك النصف.

قال ابن القاسم:[8] وإن ربح في مائةٍ مائةً فأنفق مائةً تعدياً، ثم تجر بمائة[9] فربح

---

(1) في (ف2): (وإن).

(2) في(ش): (أضاع).

(3) قوله: (أبداً) زيادة من (ف2).

(4) انظر: المدونة: 8/435.

(5) انظر: المدونة: 8/433.

(6) في(ش): (كله).

(7) قوله: (في) زيادة من (ف2).

(8) قوله: (قال ابن القاسم) زيادة من (ف2).

(9) في (ف2): (بها).

مالاً؛ فمائةٌ في ضمانه، وما ربح أولاً وآخراً[1] فبينهما، ولو ضاع ذلك ولم تبق إلا المائة التي في ذمته؛ ضمنها لرب المال ولا يعد ربحاً؛ إذ لا ربح إلا بعد رأس المال.

وإن اشترى بالقراض وهو مائة دينار عبداً يساوي مائتين، فجنى عليه رب المال جناية نقصته مائة وخمسين، ثم بيع بخمسين فعمل فيها فربح مالاً أو وضع؛ لم يكن ذلك من رب المال قبضاً لرأس ماله ولربحه[2] حتى يحاسبه، ويفاصله ويحسبه عليه، فإذا لم يفعل؛ فذلك دين على رب المال يضاف إلى هذا المال[3].

وقد كتبت القول في زكاة القراض في اختصار الزكاة.

في تعدي العامل وضمانه وفي ابتياعه من يعتق عليه، أو على رب المال أو يعتق أحدهما عبداً، أو يتعدى وما للعامل أن يفعله وما ليس له فعله، وفي تفليس العامل

والمقارض إنما أُذن له في حركة المال إلى ما ينميه، فإذا حركه إلى غير ما له أخذه؛ ضمن هلاكه ونقصه، وإن حركه بالتعدي إلى ما أنماه دخل[4] ربه في نمائه، ولم يكن العامل أولى به بتعديه، وفارق تعدي الغاصب والمودع؛ إذ لم يؤذن لهما بحركة المال، فتعدي العامل يشبه تعدي الوكيل والمبضع.

قال ابن القاسم: وإذا شاء رب المال رده قبل أن يشغله؛ فذلك له، ثم إن اشترى به بعد أن سأله رده ضمن، والربح في هذا له.

يريد اشترى به لنفسه؛ لأنه من وقت نهاه عن حركة المال؛ صار كوديعة عنده؛ لم يؤذن له بتحريكها؛ تعدى[5] فيها؛ فليس بفارٍّ[6].

---

(1) في (ش): (وأحرى).
(2) في (ش): (المال ولا ربحه).
(3) انظر: المدونة: 434/8.
(4) في (ش): (رحل).
(5) في (ش): (تعدي).
(6) انظر: المدونة: 476/8.

وأما العامل يُنهى عن سلعة فيبتاعها؛ فهو فارٌّ، والربح بينهما ويضمن العامل الخسارة، وليس للعامل البيع بالدين، فإن فعل؛ ضمن.

وتحويله[1] بثمن سلعة باعها على دين مؤجل، كبيعه بالدين ويضمن[2].

وإن قارضته على أن لا يبيع إلا بالنسيئة؛ لم يجز.

قال غيره: فإن فعل، فباع بالنقد؛ تعدى، كمن قارض على أن لا يشتري إلا سلعة كذا غير موجودة، فإن فعل فاشترى[3] غيرها؛ فقد تعدى، فإن ربح؛ فله مما ربح قراض مثله، وإن خسر؛ ضمن ولا أجر له ولا أعطيه إن ربح إجارته؛ إذ لعلها تغترق الربح وتزيد فيصل بتعديه إلى ما يريد.

وقد قال ربيعة في [(ش: 33/أ)] المتعدي في القراض: إن[4] وضع؛ ضمن الوضيعة وتكون[5] له في الربح قدر شرطه، فكذلك التعدي في القراض الفاسد[6].

قال ابن القاسم: وإن نهيته عن شراء سلعة في عقد القراض الصحيح، أو بعد العقد وقبل أن يعمل ثم اشتراها؛ فهو متعدٍّ ويضمن، ولك تركها على القراض أو تضمينه[7] المال، ولو كان قد باعها؛ كان الربح بينكما على شرطكما، والوضيعة عليه خاصة.

وكذلك إن تسلف من المال ما ابتاع به سلعة لنفسه؛ ضمن ما خسر، وكان ما ربح بينكما.

وإن ابتاع مقارضك سلعة نهيته عنها، فأتى بها وفيها وضيعة، أو تجر بها تعدى فيه؛ فخسر، فجاء ومعه سلعة لا وفاء فيها، أو عين لا وفاء فيه برأس المال فشئت تضمينه،

---

(1) في (ش): (وتحوله).

(2) انظر: المدونة: 8/467.

(3) في (ش): (واشترى).

(4) قوله: (إن) ساقط من (ش).

(5) في (ش): (تكون).

(6) انظر: المدونة: 8/456، 457.

(7) في (ش): (وتضمينه)، والمثبت موافق لما في تهذيب البراذعي: 3/533.

فقام غرماؤه، فقالوا: أنت أسوتُنا إذا ضمنته.

قال ابن القاسم: فإن كان معه عين؛ فأنت أحق به منهم، وإن كان قد باع واشترى.

وأما السلعة فإن جاء بها ولم يبعها؛ فأنت مخير أن تشركه فيها، أو تسلمها[1] وتضمنه، فإن أسلمتها؛ كنت أسوة الغرماء، وأرى في السلع إن أسلمتها؛ كنت أسوة الغرماء.

وإن نهيته عن الخروج به من مصر فخرج به إلى إفريقية بالمال عيناً، ورجع به عيناً قبل أن يتجر به ثم تجر به بمصر فخسر؛ لم يضمن؛ لأنه رده قبل أن يحركه، وذلك كمن أخرج وديعة من بلدة، ثم ردها، أو أنفقها، أو بعضها، ثم رد ذلك ثم تلف[2].

ومن غير المدونة: قد قال هذا[3] مالك، وقال: إن رد الوديعة بإشهاد؛ برئ، وقال: لا يبرأ وإن أشهد[4].

قال ابن القاسم: وإذا دفع العامل ثمن سلعته بغير بينة فجحده البائع، وحبس السلعة؛ فالعامل ضامن، وكذلك الوكيل، ولرب المال أن يغرمهما، وإن علم بقبض البائع للثمن بإقراره عنده، ثم جحد أو بغير ذلك، ويطيب له ما يقضى له به من ذلك، إلا أن يدفع[5] الوكيل[6] الثمن بحضرة رب المال؛ فلا يضمن[7].

وإن أعتق العامل عبداً من المال وهو مليّ؛ جاز وغرم لرب المال رأسَ ماله وحصةَ ربحه؛ إن كان فيه ربح، وإن كان مُعْدَماً؛ بيع منه بقدر رأس ماله وحصة ربحه، وعتق حصة[8] العامل، ولو أعتقه رب المال؛ جاز، وضمن للعامل ربحه إن

---

(1) في (ش): (وتسلمها).

(2) انظر: المدونة: 8/458، وما بعدها.

(3) قوله: (هذا) ساقط من (ف2).

(4) انظر: النوادر والزيادات: 10/433.

(5) في(ش): (يرفع).

(6) زاد بعده في (ف2): (يريد أو العامل). والمثبت موافق لما في تهذيب البراذعي: 3/538، والمدونة.

(7) انظر: المدونة: 8/468.

(8) قوله: (ربحه وصح عتق) ساقط من (ف2).

كان فيه ربح[1].

زاد أبو زيد: فإن كان عديماً؛ اتبع بذلك ديناً.

قال يحيى: لا يعجبني ذلك.

وإن وطئ العامل أمةً من المال فحملت؛ ضمن قيمتها[2]، وإن ابتاع أباه، أو من يعتق عليه، وهو عالم [(ش: 33/ب)] مليّ؛ عتق عليه وغرم لرب المال رأس ماله، وحصة ربحه - يريد: إن كان فيهم فضل - فإن لم يعلم فكان فيهم فضل، فكذلك - أيضاً - فإن لم يكن فضل[3]؛ لم يعتقوا وبيعوا.

قال أشهب: يعتقون عليه، ويؤدي إلى رب المال رأس ماله، فإن كان فيهم وضيعة؛ فعلى رب المال إلا أن يشتري بها[4] العامل شراء محاباة؛ فيضمن.

قال محمد: قال ابن القاسم: وإن لم يكن فيهم فضل وللعامل فضل[5] سواهم؛ فيعتق عليه جميعه أو ما بلغ ماله[6]، وسواء كان عالماً أو غير عالم[7].

---

(1) انظر: المدونة: 8/471.

(2) عياض: (وقوله في: (المقارض يطأ جارية من مال القراض فحملت منه: إن كان له مال أخذ منه قيمتها)، كذا عندنا، وكذا في المبسوط، وقيل: معناه أن العامل اشتراها للقراض ثم تعدى، ولذلك لزمته القيمة، وقيل: ذلك سواء، وقد كان من قول ابن القاسم: إنه وإن اشتراها وقد تسلف ثمنها من مال القراض أنه يتبع بقيمتها وإن كان عديماً في الوجهين إن كان موسراً، فإن كان عديماً بيعت ويتبع بقيمة الولد إن لم يكن في ثمنها فضل عن قيمتها. قالوا: وهذا أصل قول مالك، وقول ابن القاسم ضعيف عندهم، وقوله في: (العبد إذا أعتقه إن كان العامل موسراً: أعتق عليه وغرم لرب المال رأس ماله وربحه). قيل: معناه اشتراه لنفسه، ولو كان للقراض كانت عليه قيمته.

قال بعض الشيوخ: ويلزم إذا اشتراه لنفسه فأعتقه أن يكون عليه الأكثر من الثمن أو القيمة يوم أعتقه، وكذلك يأتي الجواب في مسألة الجارية المتقدمة، والكلام فيها في هذه الوجوه سواء).اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2056، 2057.

(3) قوله: (فكذلك أيضا فإن لم يكن فضل) ساقط من (ش).

(4) قوله: (يشتري بها) يقابله في (ف2): (يشتريها).

(5) في (ف2): (مال).

(6) قوله: (بلغ ماله) يقابله في (ف2): (يبلغ ملكه).

(7) انظر: النوادر والزيادات: 7/280.

قال ابن القاسم: وإن كان فيهم فضل، ولا مال له؛ بيع منهم لرب المال برأس ماله، وحصة ربحه وعتق ما بقي على العامل علم أو لم يعلم[1].

وإن اشترى أبا رب المال ولم يعلم؛ عتق على الابن، وكان له ولاؤه وعليه للعامل حصة ربحه فيه، وإن علم العامل وهو مليء؛ عتق عليه؛ لضمانه بالتعمد، والولاء للابن ويغرم العامل ثمنه للابن[2] فإن لم يكن له مال؛ بيع منه بقدر رأس ماله، وحصة ربحه وعتق على العامل ما بقي له منه.

سحنون: وهذا أحسن ما سمعت[3] في ذلك من الاختلاف[4].

قال[5] محمد: قال ابن القاسم: إن كان العامل عديماً، وقد تعمد شراء أبي رب المال، فإنه يتبع بثمنه ديناً[6]، وهذا خلاف المدونة[7].

قال ابن المواز في العامل يشتري أبا رب المال، وهو عالم؛ فعليه غرم الثمن، وهو حر مكانه قبل النظر فيه وولاؤه للابن، فإن كان العامل عديماً.

فقال ابن القاسم: يتبع بذلك الثمن الذي تعدى فيه والأب حر.

وقال أشهب: بل يباع منه لرب المال بقدر رأس ماله وحصته من الربح، ويعتق ما بقي.

قال محمد: فإن لم يف ما باع[8] منه برأس المال، قال: يباع كله على[9] مذهب أشهب[10].

---

(1) انظر: المدونة: 8/471.

(2) قوله: (ويغرم العامل ثمنه للابن) ساقط من (ش).

(3) قوله: (سمعت) ساقط من (ش).

(4) انظر: المدونة: 8/470.

(5) قوله: (قال) ساقط من (ف2).

(6) انظر: النوادر والزيادات: 10/387.

(7) انظر: المدونة: 8/470.

(8) في (ف2): (يباع).

(9) في (ف2): (هذا).

(10) انظر: النوادر والزيادات: 7/280.

ومن المدونة: قال ابن القاسم: وإن حطّ العامل في سلعة باعها بها عيب أكثر من قيمته أو أقل، أو اشترى سلعة من ولده أو والده، فما كان من هذا نظراً بغير محاباة؛ جاز.

وإن رد عبداً بعيب فرضيه[1] رب المال؛ فليس ذلك لرب المال؛ لأنه يجبر ما خسر فيه بربحه، إلا أن يقول له: اترك القراض، وأخرج؛ فذلك له؛ لأن العامل رضي برده.

يريد: ويأخذ الثمن وكان[2] القراض عيناً بعد[3].

قال: ولو رضي العامل بالعيب على وجه النظر؛ جاز وإلا فقد تعدى ولا تجوز محاباته في البيع إلا في ربح[4].

يعني: في حصته من القراض[5] إن كان في تلك السلعة.

وإن قتل عبدٌ لرجل عبداً من القراض فاختار العامل، أو رب المال القصاص[6]، واختار الآخر العفو على أخذ الجاني؛ فالقول قول العافي على[7] أخذ العبد [(ش: 34/أ)]، واجعله على القراض[8].

وفي[9] رواية غير يحيي: إلا أن يكون فيه فضل؛ فلرب المال أن يقتص[10].

---

(1) في (ش): (ورضيه).
(2) في (ش): (فكان).
(3) قوله: (بعد) زيادة من (ف2).
(4) انظر: المدونة: 8/466، 467.
(5) قوله: (يعني في حصته من القراض) ساقط من (ف2).
(6) في (ف2): (قصاصا).
(7) في (ش): (عن).
(8) انظر: المدونة: 8/471.
(9) في (ف2): (ومن).
(10) عياض: (وقوله في باب عبد القراض يقتله عبد رجل: (أرأيت إن لم يكن في العبد - يعني القاتل - فضل عن رأس المال؟ فقال سيده: أنا أقتل، وأبى العامل ذلك، وجوابه: أرى لرب المال أن يقتص، وإنما ذلك في القتل)، ثبتت هذه المسألة عند ابن وضاح في كتاب ابن عتاب، وابن المرابط وكثير من النسخ. قال ابن وضاح: وقرأتها على سحنون، ولم يقرأها ابن باز، وقال هي من المختلطة، =

قال: ولا يبيع رب المال عبداً من القراض بغير إذن العامل، وللعامل رده أو إجازته، وإن باع العامل سلعة فأخّر رب المال المبتاع بالثمن؛ فالتأخير في حظه خاصة لازم، ولو تَوِى[1] حظ رب المال وقد قبض العامل حصته؛ لم يرجع عليه رب المال بشيء، وكذلك ما وهب يلزم في حصته فيه.

وقال سحنون: لا يجوز تأخيره ولا هبته.

قال[2] ابن القاسم: ولا يهب العامل من المال ولا يعطي عطية ولا يولي، ولا يكافئ فيه أحداً، فأما أن يأتي بطعام إلى قوم ويأتون بمثله؛ فذلك جائز من غير أن يتفضل عليهم، فإن فعل تحلل صاحبه فيحلله أو يكافئهُ إن كان في مثله مكافأة[3].

وللعامل أن يأخذ قراضاً من رجل آخر؛ إن لم يكن الأول كثيراً يشغله الثاني عنه، وله خلطه بالأول إلا أنه لا يجوز أن يكون ذلك شرطاً من الثاني.

ولا يشارك بمال القراض أحداً، فإن فعل؛ ضمن، ولا يجوز له أن يشارك عاملاً آخر لرب المال، كما لا يستودع المودع الوديعة عند من لربها عنده وديعة ولا عند غيره، ولا يبيع أحدهما من الآخر بيعاً يحابيه فيه، وإن كان في المال فضل؛ لأنه قد يجبر ما يخسر بذلك الفضل.

ولا يبضع العامل من المال بضاعة، فإن فعل؛ ضمن، ولو أذن له رب المال؛ فلا بأس به ما لم يأخذ القراض على ذلك، ولا يبضع مع عبد رب المال، اشترط معونته ولا

ولم تثبت في رواية يحيى ولا في كتاب الأبياني، واعترضها فضل بن سلمة وقال: كيف يكون للسيد القصاص إذا لم يكن في العبد فضل؟ والعامل يقول: أرجو أن يحول سوقه بزيادة.

قال القاضي: وتأمل قوله: وهذا في القتل يدل أن الجراح بخلافه.

قالوا: لأنه في القتل مفاصلة، وليس كذلك الجراح؛ لبقاء العبد في يد العامل يعمل به فيكون باقتصاصه نقص رأس المال، ويجبره... العامل بالربح.اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2057، 2058.

(1) عياض: (وتَوِي المال، بكسر الواو؛ أي: هلك، وهذا أفصح من توى بالفتح وهي لغة أيضاً).اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 490، ومشارق الأنوار: 1/125.

(2) قوله: (قال) ساقط من (ف2).

(3) انظر: المدونة: 8/422، 423.

يوجه- أيضاً- مع عبد نفسه بعض المال إلى بلد يتجر به[1]، فإن فعل؛ ضمن، وله أن يخلط ماله بالقراض بغير إذن ربه ما لم يكن بشرط[2].

ولو أذن رب المال للعامل أن يبيع بالنقد والنسيئة؛ فلا ينبغي له أن يودع أحداً شيئاً إلا لعذر، كإيداع المودع، وإن كان لغير عذر، ويعذر بالسفر[3]، أو بمنزل خرب وليس بجديد، أو ليس عنده من يثق به؛ فلا يضمن ولا يشارك بالمال، أو بقراض به إلا بإذن ربه.

وللمساقي أن يساقي غيره بخلاف القراض[4] وإن أخذه على النصف، فتعدى فقارض به غيره؛ ضمن، ولو أخذه الثاني على الثلثين فربح؛ كان لرب المال نصف الربح وللعامل الثاني نصفه، ثم يرجع الثاني ببقية شرطه، وهو السدس على العامل الأول، وكذلك المساقاة.

ولو كان ثمانين[5] فخسر الأول أربعين، ثم دفع أربعين إلى الثاني على النصف [(ش: 34/ب)] فصارت مائة، فرب المال أحق بأخذ ثمانين رأس ماله ونصف ما بقي، وهو عشرة، ويأخذ الثاني عشرة ويرجع على الأول بتمام نصف ربحه على الأربعين فيأخذ منه عشرين دينار[6].

قال أشهب: لا يحسب رب المال على الثاني إلا أربعين رأس ماله، ثم يأخذ نصف ما بقي بالربح، فإن كان الأول أتلف الأربعين[7] التي ذهبت بتعديه؛ رجع عليه بتمام عشرة ومائة، وإن هلكت بأمر من الله؛ رجع عليه بتمام تسعين، وذلك عشرون ديناراً، عشرة بقية رأس ماله وعشرة حصته من الربح، ولا يأخذ ذلك من الثاني فيظلمه عمله

---

(1) في (ش): (فيه).

(2) انظر: المدونة: 8/437.

(3) في(ش): (بالسير).

(4) قوله: (وللمساقي أن يساقي غيره بخلاف القراض) ساقط من (ش).

(5) في (ف2): (ثمانون).

(6) انظر: المدونة: 8/438، 439.

(7) في (ش): (تلف إلا أربعين).

وأرجعناه على الأول؛ لأنه ضامن بتعديه.

قال[1] ابن القاسم: وإن وكل[2] العامل من يقبض[3] ديونه بغير إذن رب المال؛ ضمن ما تلف بيد الوكيل مما قبض[4].

جامع القضاء، والتداعي في القراض وأحدهما يموت أو يبدو له وباقي مسائل القراض

والقضاء أن كل مدعٍ[5] مكلف للبيان وكل من يلزم خصمه مغرماً، أو تضميناً، أو ينفي عن نفسه بدعواه ضمان ما ظهر فيه دعواه[6]؛ فهو المدعي، وكذلك من ادعى ما لا يشبه فيما فات من الأموال[7].

قال ابن القاسم: فإذا اختلف المتقارضان في أجزاء[8] الربح قبل العمل؛ رد العامل المال إلا أن يرضى[9] بقول ربه، وإن اختلفا بعد العمل؛ فالقول قول العامل، كالصانع إذا جاء بما يشبه، وإلا رد إلى قراض مثله، وكذلك المساقاة[10].

قال أشهب: إن جاء بما يشبه وإلا صُدِّق رب المال فيما يشبه، فإن لم يأت بما يشبه؛ حمل على قراض مثله[11].

---

(1) قوله: (قال) ساقط من (ف2).

(2) في (ش): (كان).

(3) في (ش): (يقتضى).

(4) انظر: المدونة: 8/440.

(5) في(ش): (مودع).

(6) في (ش): (عداوة).

(7) في (ش): (الأمور).

(8) في (ش): (جزء).

(9) في (ش): (يرتضى).

(10) انظر: المدونة: 8/417 و418.

(11) في (ف2): (المثلى).

قيل لابن القاسم: فإن دفع إليه قراضاً على الثلثين ولم يبين لمن الثلثان، قال: قال مالك: إذا قال رب المال: إنما عملت على أن الثلث لك، وقال العامل: عملت[1] على أن الثلثين لي، فالقول قوله إذا أشبه ومسألتك مثله، والقول قول العامل[2].

قال محمد: إذا أخذه على الثلث والثلثين، ولم يسميا لمن الثلثان؛ جعلت الثلثين لمن يشبه أن يكون له، فإن أشبههما[3]؛ فذلك للعامل، ويحلف إن ادعاه[4].

قال ابن القاسم: وإن[5] ادعى أحدهما ما لا يجوز له، مثل أن يدعي أن له من الربح مائة درهم ونصف ما بقي، أو ثلثه، وادعى الآخر أن له الثلث، أو النصف من الجميع؛ صدق مدعي الحلال منهما فيما يشبه[6].

وإن قال آخذ المال: هو بيدي قراض، أو وديعة، وقال ربه: بل أسلفته؛ فالقول [(ش: 35/أ)] قول رب المال مع يمينه، وإن قال العامل: قراضاً، وقال ربه: بل أبضعتكه لتعمل به؛ فالقول قول ربه؛ أنه ليس بقراض مع يمينه، وعليه الأقل من أجر مثل العامل، أو مما[7] ادعى العامل من الربح، فإن نكل ربه؛ صدق العامل مع يمينه فيما يشبه[8].

---

(1) قوله: (عملت) ساقط من (ف2).

(2) انظر: المدونة: 8/417، 418.

(3) في (ش): (أشبها).

(4) انظر: النوادر والزيادات: 7/283.

(5) في(ش): (إن).

(6) انظر: المدونة: 8/418.

(7) في(ش): (مما).

(8) انظر: المدونة: 8/473.

عياض: (وقوله في باب الدعوى: إذا قال رب المال أبضعته معك، وقال العامل: بل هو قراض؛ القول قول رب المال، ويحلف - إلى قوله: فإن نكل كان القول قول العامل مع يمينه إن كان ممن يستعمل مثله في القراض).

وقال بعض الشيوخ: وهذه زيادة مستغنى عنها؛ لأن من نكل كان القول قول خصمه، ادعى ما يشبه أم لا؛ لأنه قد صدقه).اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2058.

قال محمد: إن كان نصف الربح أقلَّ من أجر مثله أو مثله سواء؛ لم يحلف العامل وأخذه[1].

وإن كان أكثر؛ حلف رب المال، فإن نكل؛ حلف العامل وأخذ نصف الربح، فإن[2] نكل؛ لم يكن له إلا ما أقرّ به رب المال.

قال ابن القاسم: وإن قال رب المال: قراض، وقال العامل: قرض – محمد: أو وديعة –؛ صدق العامل؛ لأن ربه[3] مدع للربح[4]، وإن قال ربه: أودعتكه، وقال العامل: أخذته[5] قراضاً، فالعامل مدع لطرح[6] الضمان الذي لزمه بتحريكه للمال[7]؛ فربه مصدق مع يمينه.

وأما الصباغ يقول: أمرتني بصبغ الثوب، ويقول ربه: أودعتكه؛ فالقول[8]– ههنا– قول الصباغ، بخلاف قابض المال؛ لأنه ادعى أنه قبضه قراضاً على غير ضمان، فهو على الضمان أبداً حتى يثبت غير ذلك.

وإن قال العامل: رأس مال القراض ألف دينار[9]، وقال ربه: ألفان؛ صدق العامل؛ لأنه أمين.

وإن قال: رددت المال إليك وأكذبه ربه، فإن كان قبضه ببينة؛ لم يصدق إلا ببينة، وإن لم يقبضه ببينة؛ صدق مع يمينه، كالوديعة، وإن قال له العامل: رددت إليك رأس مالك والذي ربح ، وقال ربه: لم تدفع إليّ[10] شيئاً؛ صدق رب المال مادام في المال

(1) انظر: منتخب الأحكام، لابن أبي زمنين: 2/955.

(2) في(ش): (وإن).

(3) قوله: (لأن ربه) يقابله في (ف2): (لأنه).

(4) في (ش): (الربح).

(5) في(ش): (خذه).

(6) في (ف2): (ليطرح).

(7) في(ش): (المال).

(8) في (ف2): (فإن القول).

(9) قوله: (دينار) ساقط من (ش).

(10) في(ش): (لي).

حتى يستوفي رأس ماله وعلى العامل البينة؛ لأن رأس المال فيما بيده أبداً حتى يعلم أنه دفعه.

وإن قال العامل: أنفقتُ في سفري[1] من مالي مائة؛ صدق ربح أم خسر، ورجع بها في المال إن أشبه نفقة مثله في ذلك، وإن ادعى ذلك بعد المقاسمة؛ لم يصدق، ولو خسر في البز، فادعى رب المال أنه نهاه عنه، فتعدى؛ فالقول قول العامل أنه لم ينهه.

قال[2]: ولرب المال رد المال ما لم يعمل به، أو يظعن به[3] لسفر[4].

محمد: ولو اشترى مثل الزاد والسفرة لسفره، فإن رضي رب المال بأخذ ذلك؛ فذلك له[5].

ابن القاسم: وليس له أن يقول له- بعد ظعنه-: ارجع وأنا أنفق عليك[6].

وقد تقدم قبل هذا القول فيه إذا أشغله بعد أن نهاه.

ولو باع العامل بالديون بإذن رب المال، فأراد أن يحيله بها ويبرأ، وفي المال وضيعة؛ فلربه أن يجبره على التقاضي أو يدعه.

وكذلك إن كان فيه ربح؛ فعليه التقاضي إلا أن يدعه رب المال، ويسلم له العامل ربحه وإن شخص في اقتضاء الديون أنفق من المال، وإن كانت فيه وضيعة.

ولو ابتاع سلعاً لم يكن له أن يجبره[7] على بيعها ليرد القراض، ولينظر السلطان فيؤخر منها ما يرجى له سوق وإن لم يكن لتأخيرها وجه؛ بيعت، واقتسما ربحها إن كان.

وإن قال رب المال: آخذ قيمة رأس مالي سلعاً وأقاسمك باقيها؛ فليس ذلك له،

---

(1) في(ش): (سفر).

(2) قوله: (قال) ساقط من (ف2).

(3) قوله: (به) زيادة من (ف2).

(4) انظر: المدونة: 8/473، وما بعدها.

(5) انظر: النوادر والزيادات: 7/266، 267.

(6) انظر: المدونة: 8/475.

(7) في(ش): (يجبر).

وكذلك ما أراد العامل بيعه من السلع؛ فيريد رب المال أخذه بقيمته؛ فهو فيه وأجنبي سواء[1].

وإن مات العامل، قيل: لورثته تقاضوا الديون وبيعوا السلع، فإن لم يؤمنوا؛ أتوا بأمين وكانوا على سهم وليهم، فإن لم يأتوا بأمين؛ سلّموا ذلك إلى ربه ولا ربح لهم، وكذلك في موت العاملين [(ش: 35/ب)].

وإن مات رب المال؛ فالعامل على قراضه، فإن أراد الورثة أخذه؛ فلهم ذلك إن كان المال عيناً وليس ذلك لهم إن كان في سلع وهم[2] كوليهم سواء، ولو كان عيناً؛ لم ينبغ للعامل بعد موت ربه تحريكه، فإن لم يعلم بموته حتى ابتاع به؛ مضى ذلك على القراض ولا يرد حتى ينضّ[3].

ومَنْ هلك وقبله قراض وودائع لم توجد[4] فذلك في ماله، ويحاص بذلك غرماؤه، وإن أقرَّ بوديعة بعينها، أو قراض بعينه في مرضه، وعليه دين ببينة في صحته، أو بإقراره في مرضه هذا قبل إقراره بذلك، أو بعد؛ فلرب الوديعة والقراض أخذ ذلك بعينه دون غرمائه، وإن لم يعينها؛ وجب الحصاص لهما مع غرمائه[5].

وأكره مقارضة من يَسْتَحِل الحرام، ومن لا يعرف الحلال من الحرام، وأكره للمسلم أخذ قراض من ذمي، كما أكره أن يؤاجر نفسه منه للمذلة له، ولو أخذه منه؛ لم أره حراماً.

ولا بأس أن يساقيه كَرْمه[6] إن لم يعصر منه خمراً[7].

---

(1) انظر: المدونة: 8/477.

(2) في(ش): (هو).

(3) انظر: المدونة: 8/478.

(4) في (ف2): (تؤخذ)، والمثبت موافق لما في المدونة، وتهذيب البراذعي.

(5) انظر: المدونة: 8/479.

(6) الكَرْمُ: شجرة العنب، واحدتها كَرْمة. انظر: لسان العرب، لابن منظور: 12/510.

(7) انظر: المدونة: 8/443، 444.

قال في الوكالات[1]: ولا أن[2] يعطيه مضاربة، ولا بأس أن يقارض الرجل عبده أو أجيره للخدمة[3].

قال سحنون: ليس الأجير كالعبد ويدخله في الأجير فسخ دين في دين[4].

وللمأذون أخذ القراض ودفعه، وللمكاتب أن يبضع أو يدفع قراضاً أو يأخذه أو يأخذه على [ابتغاء][5] الفضل، قال أشهب: لا يأخذ المأذون قراضاً ولا يدفعه بخلاف[6] المكاتب.

وقاله[7] سحنون.

---

(1) في (ش): (الوكالة).

(2) قوله: (أن) ساقط من (ف2).

(3) عياض: (وقوله في: الذي يقارض عبده أو أجيره أنه جائز، وقول غيره في الأجير: (ليس هو مثل العبد)، ثبت قول الغير في الأصول، وهو ثابت لابن وضاح عند ابن المرابط، ولم يكن في كتاب ابن عتاب، وكتب عليه: قال سحنون: ليس هو مثل العبد كره أن يقارض الرجل أجيره، وهو ثابت لابن وضاح وعند ابن المرابط.

قال فضل: يريد أنه لا يجوز؛ لأن الخدمة غير التجارة، ومن استأجر أجيراً لعمل غير معين فأراد رده إلى غيره لم يجز؛ لأنه دين بدين. وقال ابن أبي زمنين: ما أرى غيره فرق بين الأجير والعبد، إلا أن الأجير إذا أشغله بالقراض خفف عنه بعض ما استأجره فيكون ذلك التخفيف زيادة يشترطها العامل على رب المال.

وقال غيرهما: معنى قول ابن القاسم: أن الأجير باق على خدمته لم ينحرف عنها ويتجر في خلال ذلك، إذا أمكنت سلعة ابتاعها، وقال يحيى بن عمر: إن كان استأجره ليتجر له فيجوز أن يعطيه مالاً قراضاً، وإن كان لخدمة فلا يجوز دفعه القراض له، وإن كان استأجره ليدفع له القراض لم يجز.

وقال غيره: معنى المسألة لابن القاسم أنه أجير، ملك جميع خدمته، فصار كالعبد، ويكون ما استأجره فيه يشبه عمل القراض، وهو نحو قول يحيى).اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2046، 2047.

(4) انظر: المدونة: 8/442 و443، من كتاب القراض، وكذا في تهذيب البراذعي: 3/526.

(5) غير واضحة في الأصل، والمثبت من تهذيب البراذعي: 3/526.

(6) قوله: (أو يأخذه على... بخلاف) زيادة من (ف2).

(7) في (ش): (وقال).

ومن كتاب الرهن[1]: ولا يعجبني أن يعمل الوصي بمال اليتيم مضاربةً، وليقارض له به غيره إن شاء، فإن أخذه هو قراضاً لنفسه على جزء معلوم، فقد قيل: إن لم يكن فيه محاباةٌ؛ فإنه ماضٍ إذا جعل لنفسه من الربح ما يشبه قراض مثله[2].

تمّ كتاب القراض بحمد الله وعونه،

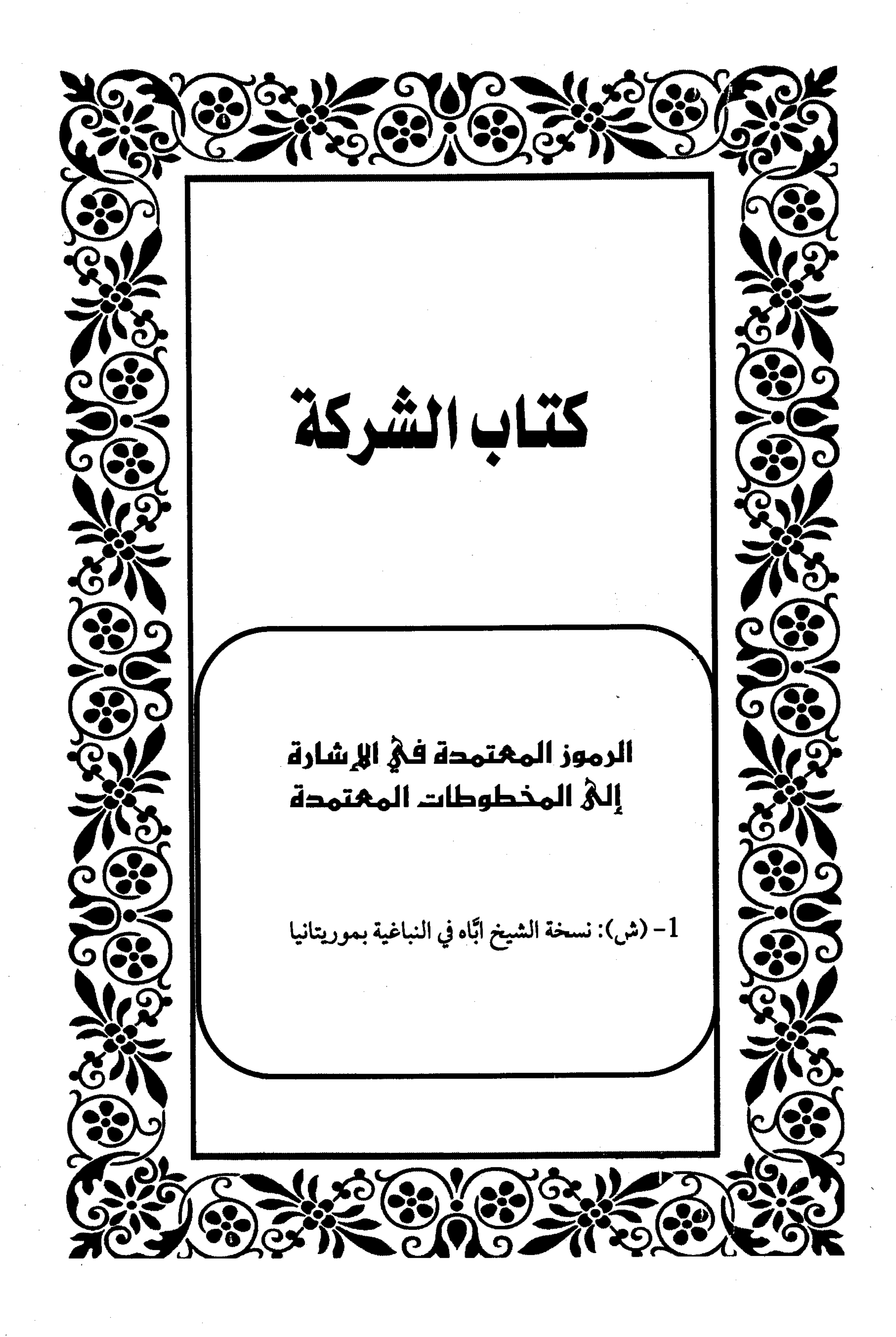
وصلى الله على محمد نبيه وآله وصحبه[3].



(1) في (ش): (الرهون).

(2) انظر: المدونة: 9/ 271.

(3) قوله: (تم كتاب القراض... إن شاء الله) زيادة من (ف2).



كتاب الشركة

الرموز المعتمدة في الإشارة
إلى المخطوطات المعتمدة

1- (ش): نسخة الشيخ ابَّاه في النباغية بموريتانيا

كتاب الشركة(1)

(1) قال عياض: الشركة عقد يلزم بالقول كسائر العقود والمعاوضات، وهو رخصة في بابه الذي يختص به، هذا مذهب ابن القاسم في الكتاب، ومذهب غيره أنه لا يلزم إلا بالخلط.

والشركة ثلاثة ضروب: شركة أموال، وشركة أبدان، وشركة ذمم، وكل ضرب منها على ثلاثة أقسام:

فشركة الأموال: شركة مفاوضة وهي الاختلاط في كل شيء من أموال التجارة، وهي جائزة عندنا باتفاق، ومنعها الشافعي. وسميت مفاوضة؛ لتفويض كل واحد منهما الأمر إلى صاحبه؛ قال الله تعالى: ﴿وَأُفَوِّضُ أَمْرِيٓ إِلَى ٱللَّهِ﴾ [سورة غافر آيـة: 44]، وقيل: سميت بذلك لاستوائهما، من قولهم: تفاوضنا في الحديث. وقيل: المفاوضة المشاورة، كأنهما يتشاوران في جميع أمورهما؛ إذ لا يختص أحدهما بشيء دون الآخر.

الثانية: شركة عنان، وهي الشركة في شيء مخصوص للتجارة. قال في تفسير ابن مزين: على السواء، واتفق على جوازها ولم يعرف مالك مرة اسمها أو تخصيصها بالجواز أو استعمال هذا اللفظ ببلدهم، وقد تقدم تفسيره في كتاب السلم الثاني. ويقال: عنان - بالكسر - وهو الأكثر لمن جعل اشتقاقه من عنان الدابة، وعنان - بالفتح - لمن جعله من عن لي الأمر، أو من عنان السحاب لظهوره.

الثالثة: شركة المضاربة وهي القراض، من الضرب بالمال في الأرض وهو السفر به، قال الله تعالى: ﴿وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي ٱلْأَرْضِ﴾ [سورة النساء آية: 101].

وأما شركة الأبدان فهي أيضاً ثلاثة ضروب: شركة بغير آلة ولا رأس مال أو بآلة لا قدر لها كالتعليم والحمل على الرؤوس والخياطة والبناء، فمن شرط جواز هذه ثلاث صفات: التقارب في القدرة والمعرفة بذلك العمل. وأن يكون عملاً واحداً. وأن يكونا فيه مجتمعين، غير مفترقين متعاونين فيه.

وقد تأول شيوخنا ما وقع في العتبية من جواز الافتراق في ذلك أنهما يتعاونان في الموضعين، وأن نفاق صنعتهما في الموضعين سواء وعلى هذا يكون وفاقاً للمدونة؛ إذ ليس المقصود الجلوس في موضع واحد، إلا لتقارب أسواقه، ومنافعه، وإذا تباعد ربما كانت المنفعة لأحدهما دون الآخر فدخله الغرر، وأكل المال بالباطل.

الثاني: أن تكون صناعتهما تحتاج إلى آلة؛ كالكمد والنسج والصيد بالجوارح والحمل على الدواب، وهذا يحتاج إلى شرطين زائدين على الثلاثة المتقدمة.

رابع: وهو الاشتراك في الآلة بالملك أو بالإجارة من غيرهما، وهل يجوز أن يؤاجر أحدهما نصف آلة صاحبه، بنصف آلته هو، وهما متساويان؟ ظاهر الكتاب: الجواز، ولابن القاسم وغيره: المنع، إلا بالتساوي في الملك أو الكراء من غيرهما، فإن لم يذكرا كراء واستويا، فظاهر المدونة: المنع، فإن وقع

ما يحل ويحرم من شركة الصناع، والعمال بأبدانهم، ودوابهم وآلتهم، وجامع القضاء في ذلك

قال ابن القاسم: وجه العمل في الشريكين أن يكون شرط الربح بينهما قدر ما تساويا فيه، واختلفا من العمل في شركة الأبدان، أو من المال، والعمل في شركة الأموال، فبقدر ذلك يكون الربح بينهما، والوضيعة عليهم، وإلا كانت إجارة مجهولة.

وتجوز الشركة في العمل، كجوازها في الأموال.

فشركة أهل الصنعة جائزة بوجهين: أن تكون الصنعة واحدة، وأن تعمل في حانوت واحد، وموضع واحد، وإن فضل أحدهما الآخر في العمل، وهذا لا بد منه[1].

سحنون: ما لم يتفاحش، ولا يفترقا في قريتين [(ش: 36/أ)]، أو حانوتين، وإن اتفقت الصنعة، ولا يشترك ذوا صنعتين، وإن كانا في حانوت واحد، أو موضع واحد، كحداد مع قصار، ونحوه.

وكذلك الصناع[2] أجمعون في الخياطة، والصياغة، والخرازة، وغيرها، ولا بأس أن يتفق ذوا صنعة، على أن على أحدهما ثلث العمل، وله ثلث الكسب، كالأموال، فإن شرط أن له نصف الكسب لم يجز[3].

وتجوز شركة المعلمين في مكتب واحد، لا في موضعين، وكذلك الطبيبان إذا لم يفترقا، وأخرجا ثمن الدواء بينهما.

= مضى، وأجازه سحنون، واختلف في تأويل قوله في الكتاب في ذلك.

وشرط خامس: وهو أن يكون عملها وقسمتها على قدر رؤوس أموالها في هذا العمل.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2061، وما بعدها.

(1) انظر: المدونة: 8/342 و343.

(2) قال عياض: ولابن وضاح: الضياع - بالضاد المعجمة والياء باثنتين - يريد: الضمان، والرواية الأولى تصحيف، وهذه أصح؛ لأنه قال في السؤال: قصاران لا صباغان. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2065 و2066.

(3) انظر: المدونة: 8/343، 344.

محمد يروى عن مالك في المعلمين تجوز شركتهما، وإن كان أحدهما أجود تعليماً من الآخر.

وروي عنه أنه لا تجوز حتى يستويا في العمل، فإن كان أحدهما أعلم من الآخر؛ لم يجز، إلا أن لا يكون لأعلمهما فضل على الآخر في عمله.

قال محمد: إن كان لأحد المعلمين فضل في الكسب، لم يجز حتى يتساويا في الكسب[1].

قال ابن القاسم: وما احتاج إليه شركاء الصنعة من شراء أداة، أخرجا الثمن على ما شرطا من الأجزاء في العمل والفضل، ولا بأس أن يتطول أحدهما من الماعون بما لا بال له كمدقة[2]، وقصرية، ونحوه، كأرض لا بال لها بين المتزارعين، ولا يجوز إلغاء ماله بال، وإن تطول به ربه إلا أن يكون له على صاحبه نصف كراء ذلك[3].

قيل: فإن كان لأحدهما الحانوت، وللآخر الأداة[4]، قال: لا يجوز، كقول مالك في ما إذا جاء أحدهما برحا والآخر بدابة والكسب بينهما: أنه لا يجوز، ومسألتك مثله إذا اختلفت الإجارة[5].

محمد: لأن أحدهما لم يضمن لصاحبه ثمناً ولا كراء[6].

ولو أكرى هذا من هذا، وهذا من هذا بشيء معلوم وتساوى ذلك؛ لجاز.

قال ابن القاسم: وإن جاء أحدهم برحا، وآخر بدابة، وثالث بالبيت، وعلى أن يعملوا بأيديهم، والكسب أثلاث بينهم، فعملوا على ذلك، وجهلوا أنه لا يجوز.

---

(1) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 7/332.

(2) قال عياض: والمُدُقة - بضم الميم والدال - والمِدَقة - بكسر الميم وفتح الدال - وهي الإرزبة - بكسر الهمزة - التي تكمد بها الثياب. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2066.

(3) انظر: المدونة: 8/346، 347.

(4) قال عياض: والأداة بفتح الهمزة الآلة، وهي ما يحتاج إليه في ذلك العمل وبه يقوم. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2069.

(5) انظر: المدونة: 8/345 و346.

(6) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 7/331.

قال: ما أصابوا يقسم بينهم أثلاثاً إن كان كراء البيت، والرحا والدابة معتدلاً[1]، فإن [(ش: 36/ب)] تفاضل ذلك فإن ما أصابوا يقتسمونه أثلاثاً، لتساوى عمل أبدانهم، فجعلت ذلك لهم كرؤوس أموال، ويجعل التراجع بينهم فيما أخرجوه، لأنه مما يكرى، وقد اكترى كراء فاسداً؛ فيترادون دون الفضل بينهم في أكرية ذلك[2].

وإذا تساوى أكرية ما أخرجوه، فقد أكرى كل واحد متاعه بمتاع صاحبه، وصحت الشركة؛ إذ لو كان ذلك كله لأحدهما، فأكرى الاثنان منهم ثلثي ذلك، جازت الشركة.

وتفسير ما قال ابن القاسم: في تراجعهم درهمان، والرحى درهم، فقد تساووا في درهم، فلا يتراجعون فيه، وصاحب البيت له فضل درهمين له منهما ثلثا درهم، على كل واحد من صاحبيه، وصاحب الدابة له فضل درهم له منه ثلث درهم، على كل واحد من صاحبيه، فإذا طلب صاحب البيت صاحب الدابة بثلثي درهم، طالبه صاحب الدابة بثلث درهم له قبله فيتقاصان فيه، ويبقى لصاحب البيت ثلث درهم على صاحب الدابة، ولصاحب الدابة ثلث درهم على صاحب الرحا، ولصاحب البيت ثلثا درهم على صاحب الرحا أيضاً، فآخر الأمر أن يقرب صاحب الرحا بثلثي درهم لصاحب البيت، وثلث درهم لصاحب الدابة، يأخذ منه صاحب الدابة ثلث درهم، فيدفعه إلى رب البيت، فيحصل له درهم فيتساووا، وإن لم يجد عنده شيئاً، أداه من عند نفسه.

قال ابن القاسم: ولو لم يصيبوا شيئاً، والأكرية مختلفة ترادوا في ذلك، لأن ذلك كراء فاسد[3].

---

(1) قال عياض: فظاهر هذا أن مذهب الكتاب هنا ما قدمناه، أنه لا يجوز حتى يكتري كل واحد منهما نصيبه بنصيب صاحبه إذا كان مستوياً، وسحنون يجيز ذلك إذا استويا.
قال أحمد بن خالد: هذا قول سحنون وهو في المختلطة خطأ فأصلحها في هذا الموضع، وتأول سحنون ما في الكتاب أنه إنما يمنع منه إذا كان كراء الآلة وهذه الأشياء مختلفاً، وقد يحتج لهذا بقوله آخر المسألة: فقد أكرى كل واحد منهما متاعه بمتاع صاحبه، وكانت الشركة صحيحة. انظر: التنبيهات المستبطة، ص: 2066 و2067.

(2) انظر: المدونة: 8/347.

(3) انظر: المدونة: 8/347.

ولو أسلموا العمل إلى رب الدابة؛ كان الربح له، والخسارة عليه، وعليه كراء الرحا والبيت، وإن لم يصب شيئاً كالدابة يعمل الرجل عليها على نصف ما يكسب.

ولو كان البيت والرحا والدابة لأحدهم، فأكرى ثلثي ذلك من صاحبه، وعملوا جازت الشركة.

قال: والربح للمال في فساد الشركة بالمال، ويرجع من له فضل بعمل بدنه، لأنه ممن يؤاجر، ولا يؤاجر المال، ولم يتراجع شركاء الرحى في أجر عمل الأبدان؛ لتساويهم فيه.

قال ابن القاسم في شريكي الصنعة: إن أخرج أحدهم أداة لا تلغى [(ش: 37/أ)] لكثرتها؛ لم يجز حتى يشتركا في ملكها، أو يكرى من الآخر نصفها كالمتزارعين.

وقد اختلف في العمل في المتزارعين، فروى ابن غانم: أنه لا تجوز الشركة حتى يشتركا في رقاب الدواب والآلة ليضمنا ما هلك[1]، وروى غيره: إن ساوى كراء الدواب والآلة كراء الأرض والعمل؛ جاز إذا تساويا في إخراج الزريعة.

قال: وإذا مرض أحد شريكي الصنعة، أو غاب يوماً، أو يومين، فعمل صاحبه، فذلك يجوز بينهما، إلا ما تفاحش من ذلك وطال، فإن العامل فيه مخير، إما أن يتطوع بنصف ما عمل لشريكه، فيجوز ذلك، لأنه من غير شرط، وإما أن يأخذ الجميع لنفسه.

ولو عقدا على أنه إن مرض أحدهما، أو غاب، وإن طال ذلك فما عمل الباقي بينهما، لم تجز الشركة، فإن نزل ذلك كان ما اجتمعا فيه بينهما، على قدر أعمالهما، وما انفرد به أحدهما له خاصة، يريد قلَّ أو كثر.

---

(1) قال عياض: وجاء ذكر ابن غانم في الرواية التي قبلها في كتاب أحمد بن خالد، وكذا في أصل ابن المرابط وابن سهل: وقد روى ابن غانم. وعند ابن عتاب مكانه: وقد روي في شركة الحرث عن مالك اختلاف فيما يخرجان من البقر والأداة. وذكر بعض الرواة عن مالك أن ذلك لا يجوز، حتى يكون البقر والأداة بينهما، فتكون مصيبته منهما جميعا، وهذا مثل ما لابن القاسم في المسألة قبلها، وعلى ما عند ابن عتاب اختصرها ابن أبي زيد وهي رواية ابن أبي عقبة من القرويين. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2068 و2069.

وما يقبل أحد شريكي الصنعة؛ لزم الآخر عمله، وضمانه يؤخذ بذلك وإن افترقا[1].

ولا تجوز شركة الحمالين على رؤوسهم ودوابهم؛ لافتراقهم فيما يتولونه، كصباغين في حانوتين، فأما حمل شيء بعينه إلى غاية واحدة؛ فجائزة على الرؤوس، أو الدواب، ولا ينبغي جمع دابتين على أن يكرياهما ممن أصاب، والكراء بينهما إذ لا يدوم ذلك، وقد يكرى هذا ويبقى هذا، وكذلك على رقابهما، وقد تختلف الغايات إلا فيما لا يفترق فيه فيجوز.

وإن اشتركا ليحتشا[2] أو يحتطبا، أو يجمعا ثمار البرية ونقلها[3] على رقابهما أو دوابهما، فأما من موضع واحد؛ فجائز ولا يجوز إن افترقا.

ولا بأس أن يشتركا في صيد السمك، والطير والوحش بنصف الشرك والشباك؛ إذا عملا جميعاً لا يفترقان في التعاون بالنصب، والقذف وغير ذلك.

ولا يجوز أن يصيدا ببازيهما أو كلبيهما، إلا أن يملكا رقابهما، أو يكونا معاً في الطلب والأخذ والإشلاء لا يفترقان[4].

وذكر ابن المواز عن ابن القاسم: أنه لا يجوز حتى يكون البازيان والكلبان بينهما[5]. [(ش: 37/ب)]، ولا بأس أن يشتركا في حفر القبور والآبار والمعادن

---

(1) انظر: المدونة: 8/350 و351.

(2) قال عياض: ومحتش - بفتح التاء وتشديد الشين - مجتمع الحشيش مما تنبت الأرض. اهـ، انظر: التنبيهات المستنبطة: ص 2069.

(3) في المدونة والتهذيب: (وبقلها)، وانظر: تهذيب البراذعي: 3/551

(4) انظر: المدونة: 8/355 و356.

(5) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 7/332.

قال عياض: ومسألة الاشتراك في الصيد بالبزاة والكلاب قال: لا أرى ذلك إلا أن يكون الكلاب والبزاة بينهما، أو يكون البازيان والكلبان يتعاونان، وطلبهما واحد وأخذهما واحد لا يفترقان) كذا في أكثر النسخ.

وفي روايتي عن شيوخي، وفي أصولهم في هذا الحرف: أو يكون البازيان.

وفي كتاب ابن سهل: وقع في بعض الروايات: ويكون البازيان، فعلى هذا يفترق الصائدان، =

والبنيان وضرب اللبن، وعمل الطين وطبخ القراميد وقطع الحجارة، إذا لم يفترقا في ذلك، ولا يجوز في موضعين أو هذا في غار، وهذا في غار من المعدن، وإذا عملا معاً في المعدن فأدركا نيلاً كان بينهما ومن مات منهما بعد إدراكه لم يورث حظه والسلطان يقطعه، ومعادن الرصاص والنحاس والكحل والزرنيخ مثله.

قال سحنون: معادن الرصاص والزرنيخ ونحوه لا يعرض فيها الإمام، هي لمن عمل فيها، ولورثته إن مات بخلاف معادن الذهب والفضة، لأن تلك منها يخرج الزكاة إلا أنه إن مات بعد أن أدرك فيها نيلاً، فإن ذلك النيل يورث عنه[1]، لأنه لم =

اشتراكهما فيهما كالصانعين، ونحوه في كتاب محمد، وكأنه رآهما كآلتين أو هما تبع لفعل الصائدين، وأنه لا يجوز حتى يشتركا فيهما وفي العمل بهما معا.

وأما على رواية: "أو" فاستدل منه الأشياخ على أن الاشتراك إذا حصل بينهما لم يلزم اجتماعهما، وجاز الافتراق، كما قال في كتاب ابن حبيب في المشتركين في الدابتين يشتركان على العمل بينهما: إنه يجوز لهما العمل مفترقين، وكذلك قال بعض المتأخرين في الصائدين بالبزاة أو الكلاب المشتركة، وجعلوا هٰهنا الكلاب والجوارح، كرؤوس الأموال، ولأن الجوارح هي معظم عمل الصيد فإذا اشتركا فيها لم يقع غرر، وعمل أحدهما بها كعمل أحدهما في بيعه في سفره وشرائه بالمال.

ويستدل فيه أيضاً أن التساوي في الآلة يجوز معه الاشتراك، وإن لم يشتركا فيها على ما تقدم. وذكر في الكتاب في (اختلاف المالين إذا أخرج أحدهما مائة والآخر مائتين على تسوية ما وراء ذلك.. إلى آخر المسألة - إلى قوله -: ولو كانت سلفاً لكان له ربح الخمسين التي أعطاه حتى يساويه في رأس المال، ولكان ضامناً للخمسين.

قال: وأراه إنما أسلفه الخمسين على أن أعانه بالعمل فأراه مفسوخاً ولا ضمان عليه، وضمانه من صاحب المائتين، وربحها له، ووضيعتها عليه، ولصاحب المائتين أجرته فيما أعانه).

قال بعض شيوخنا القرويين: هذا هو مذهبه في الكتاب؛ لأن الآخر لم يتمكن منها تمكُّنا صحيحا؛ لشرط ربها عليه أن يتجر بها في جملة المال ولا يبين بها؛ ولأن يد صاحب المائتين مطلقة في التصرف في جميع المال؛ ألا تراه كيف قال: إنما أسلفه الخمسين على أن أعانه بالعمل.

وفيها قول آخر: إن ضمانها من الشريك وربحها له، وإلى هذا ذهب ابن حبيب.

قال: وقد واقعا ما حرم الله تعالى.

قال فضل: مذهب ابن القاسم في المدونة أن السلف لا يكون إلا مضموناً، وأرى الربح والوضيعة على قدر المال وهو كمن أخرج مائة، وآخر مائتين على أن الربح بينهما نصفين، وإلى هذا ذهب سحنون. اهـ، انظر: التنبيهات المستنبطة: ص 2072، وما بعدها.

(1) قال عياض: قال سحنون: إن لم يكن هذا سنة فلا ينبغي. وقال غيره: لعله يريد في الكتاب أنه لم =

يدركه إلا بنفقة ومؤنة[1].

قال ابن القاسم: ولا بأس أن يشتركا في إخراج اللؤلؤ من البحر والعنبر، بصفته وما يقاص عليه فيه إذا عملا معاً كتعاون صيادي الحوت، وكذلك في طلب الكنوز والدفائن والركاز إذا كانا بموضع واحد.

وكره مالك الطلب في قبور الجاهلية، وبيوتهم، وغسل ترابهم، وليس بحرام، ولا بأس بذلك كله عندي[2].

وإذا أقعدت صانعاً في حانوت على أن يتقبل عليك المتاعَ على أن الكسب بينكما؛ لم يجز[3].

ما يحل ويحرم من الشركة بالعين، أو بالعرضين، أو بالطعامين، أو بعض ذلك مع بعض، والشركة والمفاوضة بالذمم، والقضاء في ذلك كله

ولما كان التفاضل في رأس مال الشركة على شرط التساوي في الربح من غرر الإجارة فيما عمل أقلهما مالاً حرم، لأنه إن كان ربح كان هو الغابن، وإن لم يكن كان مغبوناً، وهذا من القمار، فكذلك إذا اختلف السكتان في نفاق الصرف، أو صنفان من الطعام.

قال ابن القاسم: وتجوز الشركة بالعين؛ أن يخرجا دنانير ودراهم، متفقة النفاق

=

يدرك نيلاً؛ إذ لم يجب على مسألته وإنما أجاب عن حكم المعدن في الجملة. وأشهب يقول: ورثة الميت أحق به وإن لم يدرك نيلاً.

وغيره يقول: إن قدر ورثته على العمل فهم أحق به. وآخر يقول: النيل الذي أدرك لورثته، ذكر ذلك ابن عبدوس.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2072 و2073.

(1) انظر: المدونة: 8/357، 358.

(2) انظر: المدونة: 8/359.

(3) انظر: المدونة: 8/341.

والعين، وبقدر ما يخرج كل واحد من رأس ماله، في عدد، أو وزن، يكون له من الربح، وعليه من العمل، والوضيعة [(ش: 38/أ)].

وإن تساويا في المال والأعمال، على أن يتفاضلا في الربح لم يجز، وإن تفاضلا في المال على أن يتساويا في ربح، أو عمل؛ لم يجز، ولو أن العمل على أحدهما، وتساويا في المال والربح لم يجز، فإن نزل ذلك كله؛ فالربح على قدر رأس الأموال، وكذلك الخسارة، وكذلك لو لحقهما دين بعد ذهاب المال كله.

قال سحنون: هو لا يجبر لهما الشراء بالدين، وما معناه عندي، إلا أن يكون اشتريا سلعة على المال، فهلك، وهلكت السلع، وإن لم يكن كذلك، فعلى كل واحد ما يداين به، بعد رأس المال، وله ربحه، وعليه وضيعته.

قال ابن القاسم: ويرجع من له فضل عمل، بفضل عمله على الآخر، ويبطل ما شرطا، ولا يضمن القليل المال لصاحبه نصف ما فضله به، وليس بسلف، لأن ربحه لربه، ولو كان سلفاً كان ضمانه من القليل المال، وله ربحه، وكانت أيضاً شركة فاسدة، لأنها شركة وسلف[1].

ولا أجعل المنفرد بالعمل من المتفاضلين في المال كالمقارض، إذ لم يعقدا على قراض، ولا يجتمع عندي قراض وشركة ، ولو صح عقد المتفاضلين في المال، ثم تطوع الذي له الأقل، فعمل في الجميع جاز، ولا أجر له.

وإن تساويا في المال والعمل، على أن يمسك[2] أحدهما رأس المال، فإن كان ليتولى التجارة دون الآخر؛ لم يجز، وإن توليا

ها جميعاً؛ جاز، وإن شاركه على أن أسلفه لم يجز، لأنه أسلفه على أن أعانه بعمله.

ومن غير المدونة: روى مالك إن أسلفه وشاركه على وجه المعروف والرفق به لا على الحاجة إلى بصره ونفاذه؛ فهو جائز[3].

---

(1) انظر: المدونة: 8/365.

(2) قال عياض: ومعنى الممسك هنا الحراث. اهـ، انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2069.

(3) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 7/321.

وروى عن ابن القاسم: أنه إن كان بعد صحة العقد، من غير عادة جرت، فذلك جائز، قال ابن القاسم: إن أخرج أحدهما ألفاً، والآخر ألفاً منها خمسمائة غائبة، ثم خرج ربها ليأتي بها، وخرج بجميع المال الحاضر، فلم يجدها، فاشترى بما معه، فإنما له ثلث الفضل، ولا يرجع بأجر في فضل المال كشريكين، على التفاضل طاع أحدهما بالعمل[1].

سحنون: له أجره في الزيادة، لأن الشركة فاسدة بغيبة المال، فليس بمتطوع[2].

وإن أخرج هذا سكة، وهذا سكة كوزنها، وصرفها مختلف، لم يجز، إلا في اختلاف يسير لا بال له؛ فيجوز، وهو فيما كثر كتفاضل المالين، ولو جعلا الربح والعمل [(ش: 38/ب)] وأخذ في رأس ماله مثل سكته، وقاله مالك في العتبية، من سماع ابن القاسم.

وإن أخرج هذا دمشقية وهذا هاشمية متفقة الصرف يومئذ[3] جاز، ولا أنظر إلى ما حال من صرفهما بعد ذلك[4].

وكذلك ما يتغير من قيمة العروض، إن اشتركا بشركة صحيحة على تساوٍ، أو تفاضلٍ في القيم.

ولا يجوز أن يخرج هذا دنانير، وهذا دراهم، وإن باعك نصف ذهبه بنصف فضتك، لأنه صرف وشركة، وهما نوعان مما لا يقومان.

فإن عملا فلكل واحد مثل رأس ماله، وأما الربح فلكل عشرة دنانير دينار، ولكل عشرة دراهم درهم، وكذلك الوضيعة، وكذلك إن عرف كل واحد السلعة التي اشتريت بماله، فإن السلع تباع، ويقسم الثمن كما ذكرنا.

وقال غيره: لكل واحد السلعة التي اشتريت بماله، ولا شركة له في سلعة الآخر، وإن تفاضل المال، ولأقلهما مالاً أجره في عون صاحبه، وإن لم يعلم ، السلع في الربح والخسارة بينهما على قيمة الدراهم من الدنانير يومئذٍ، كشركة فاسدة بطعام

---

(1) انظر: المدونة: 8/374.

(2) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 7/319.

(3) في تهذيب البراذعي: يوم الشركة.

(4) انظر: المدونة: 8/376.

خلطاه ثم باعاه.

ولا بأس أن يخرج هذا ذهباً وفضة، وهذا مثله من ذهب وفضة[1].

ومن غير المدونة: وقد اختلف عن مالك في إجازة الشركة بدنانير من أحدهما، ودراهم من الآخر، وأجازه سحنون، وأكثر قول مالك: أنه لا يجوز[2].

ومن المدونة: ولا بأس أن يشتركا وهما في بلدين، يجهز هذا على هذا[3].

ولا تجوز الشركة بالذمم بغير مال[4]، على أن يضمنا ما ابتاع كل واحد منهما

---

(1) انظر: المدونة: 8/378، 379.

(2) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 7/317.

(3) انظر: المدونة: 8/382.

(4) قال عياض: وأما شركة الذمم فهي ثلاثة ضروب أيضاً: شركة في شراء شيء بعينه: فهذا جائز، اعتدلا أو اختلفا، ويتبع كل واحد منهما من ثمن تلك السلعة بقدر نصيبه.
الثانية: اشتراكهما في معين على أن يتحمل كل واحد منهما بصاحبه، فإن كانا معتدلين فيه جازت الشركة والبيع، وإن كانا مختلفين لم يجز ذلك. الثالثة: شركة على غير معين فهذا لا يجوز، وهو من باب: تحمل عني وأتحمل عنك، وأسلفني وأسلفك، فإن وقع هذا فقد وقع في باب شركة المفاوضة (أن ما اشترى كل واحد منهما فهو بينه وبين صاحبه؛ لأن صاحبه قد أمره أن يشتري عليه). وكذا كان في هذا الباب في الأسدية بعد قوله: لا تعجبني هذه الشركة، قال: فإن نزلت رأيت أن يكون ما اشترى كل واحد منهما يلزم صاحبه نصفه؛ لأنه قد اشتراه بإذن صاحبه. قال حمديس: كأنه حمله محمل الوكالة، ولأصبغ نحوه.
قال فضل: طرح وأما شركة الذمم فهي ثلاثة ضروب أيضاً: شركة في شراء شيء بعينه: فهذا جائز، اعتدلا أو اختلفا، ويتبع كل واحد منهما من ثمن تلك السلعة بقدر نصيبه.
الثانية: اشتراكهما في معين على أن يتحمل كل واحد منهما بصاحبه، فإن كانا معتدلين فيه جازت الشركة والبيع، وإن كانا مختلفين لم يجز ذلك. الثالثة: شركة على غير معين فهذا لا يجوز، وهو من باب: تحمل عني وأتحمل عنك، وأسلفني وأسلفك، فإن وقع هذا فقد وقع في باب شركة المفاوضة (أن ما اشترى كل واحد منهما فهو بينه وبين صاحبه؛ لأن صاحبه قد أمره أن يشتري عليه). وكذا كان في هذا الباب في الأسدية بعد قوله: لا تعجبني هذه الشركة، قال: فإن نزلت رأيت أن يكون ما اشترى كل واحد منهما يلزم صاحبه نصفه؛ لأنه قد اشتراه بإذن صاحبه. قال حمديس: كأنه حمله محمل الوكالة، ولأصبغ نحوه.
قال فضل: طرح سحنون قول ابن القاسم هنا، وقال: لكل واحد منهما ما اشتراه، وقال: لكل واحد =

تفاوضاً، وكذلك في تجارة الرقيق، أو في جميع التجارات، أو في بعضها، إلا في سلعة معينة غائبة، أو حاضرة، يشتريانها بدين، إذا كانا حاضرين.

وإن ضمن أحدهما عن صاحبه، فذلك جائز، وكذلك لا تجوز الشركة بالذمم، وإن كانا في بلدين، وكذلك بمال قليل على أن يتداينا، لأنه ضمن هذا عن الآخر ما ابتاع، على أن يضمن عنه.

قال أصبغ في شركة الذمم: إن ما اشتريا بينهما على ما عقدا، أو تفسخ الشركة من الآن[1].

قال ابن القاسم: وأكره أن يخرجا مالاً، على أن يتجرا به، وبالدين، مفاوضة، فإن فعلا، فما اشترى كل واحد منهما فبينهما، وإن جاوز رأس ماليهما، ولو تفاوضا بالمالين، ولم يذكر أن يبيعا بدين، فباع أحدهما بدين، فذلك جائز على شريكه[2].

ولا بأس أن يشتركا بعرضين مختلفين، أو متفقين، أو طعام، وعرض، على قيمة ما أخرج كل واحد يومئذٍ، فبقدره الربح والعمل [(ش: 39/أ)].

وإن اتفق قيمة العرضين المختلفين وعرفا ذلك في العقدة واشتركا بهما؛ جاز، وهذا يبيع هذا بنصف الآخر، فإذا قوما، وأشهدا على الشركة جاز، وإن لم يذكرا بيعاً، ولو شرطا التساوي في الشركة فقوما، فتفاضلت القيم، فإن لم يعملا، أخذ كل واحد سلعته وزالت الشركة، وإن فاتتا وعملا على [ذلك كان][3] رأس مال كل واحد ما بيعت به سلعته، [وبقدر][4] ذلك ربحه، ووضيعته، ويرجع من قل ماله، بفضل عمله على صاحبه، ولم أجعله في الفضل بيعاً، كما لم يجعله مالك في فضل المالين سلفاً[5].

=

منهما ما اشتراه. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2064 و2065.

(1) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 7/324، والبيان والتحصيل، لابن رشد: 12/40.

(2) انظر: المدونة: 8/387، 388.

(3) المثبت موافق لما في تهذيب البراذعي: 3/555.

(4) المثبت موافق لما في تهذيب البراذعي: 3/555.

(5) انظر: المدونة: 8/364 و365.

وكذلك كل شركة بالعروض وقعت فاسدة، فقسمة الفضل على ثمن كل سلعة ما بيعت به، لا ما قومت به، وفي الشركة الصحيحة على ما قوما يوم الشركة، ولا ينظر إلى ما تبايعا به، لأنه بيع تم بينهما، وصار ضمانهما منهما، وفي الفاسدة لم يقع لأحدهما في سلعة الآخر ملك، ولا ضمان، وتجوز الشركة بجميع ما يوزن، ويكال، من سائر العروض من مسك، وعنبر، وحناء، وكتان، وغيره، من صنف واحد، أو كانا صنفين، إذا اتفقت القيم.

ولم أجز الشركة بطعامين مختلفين، لأنه يقرب من معاني الصرف، كما لا أجيز الشركة بدنانير، ودراهم، تتفق قيمتها، فكذلك المختلف من طعام، أو إدام، ويجوز بعرض، وطعام أو عرض، ودراهم، على ما ذكرنا في القيم.

وإذا اتفق الطعامان في الصفة، والجودة، والكيل، جازت بهما الشركة، وكذلك سائر الطعام، ولا تجوز سمراء مع محمولة، وكذلك ما اختلف في عين، أو صفة.

وقد أجازه مالك إذا اتفق في الصفة، والمقدار، ثم كرهه، وما أعلم لكراهيته فيه وجهاً[1].

وروى عن سحنون أنه جائز بالطعامين المختلفين.

يعني إذا كانت القيمة واحدة، وإن اشتركا بسمراء لهذا، ومحمولة لهذا، لم يجز، وإن اشترطا أن لكل واحد إذا افترقا مثل حنطته، ولا يجوز على قيمتها، على أن العمل عليهما على ذلك.

وإن اشتركا بشعير لأحدهما، وللآخر قمح على القيمة، وقيمتها سواء، وباع هذا نصف طعامه بنصف الآخر لم يجز، وكذلك سمراء، ومحمولة، كدنانير مع دراهم، فإن وقعت الشركة بالطعامين فاسدة؛ فرأس مال كل واحد ما بيع به طعامه، إذ هو في ضمانه حتى يبيع، ولو خلطاه خلال البيع؛ جعلت رأس المال قيمة طعام كل واحد يوم خلطاه.

---

(1) انظر: المدونة: 8/368 و369.

قال محمد: إذا اتفق الكيل فلا يقسما إلا نصفين[1].

وإن أخرج أحدهما طعاماً والآخر دراهم جاز، إن علما قيمته من الدراهم، وإن كان العمل والربح بقدر، أجزأه ذلك، وإذا اشتركا بمالين سواء؛ [(ش: 39/ب)] فأخرج كل واحد ذهبه، فصرها على حدة، وجعلا الصرتين عند أحدهما، أو في تابوته أو خرجه، فضاعت واحدة؛ فالذاهبة منهما، فإن بقيت صرة كل واحد منهما بيده، فضياعها منه حتى يخلطا، أو يجعلا الصرتين عند أحدهما، وكذلك إذا كانتا في ما ذكرنا مختلفتي السكة، إلا أن الصرف واحد.

ولو تفاضل فسدت الشركة، وكانت الذاهبة من ربها، وإن بقيت كل صرة بيد ربها، حتى ابتاع به أحدهما أمة على الشركة، وتلفت الصرة الأخرى، والمالان متفقان؛ فالأمة بينهما، والصرة من ربها.

قال غيره: لا ينعقد بينهما شركة حتى يخلطا، والمشتري يقول: لا يكون له معي نصيب، ولا نصيب لي فيما معه، ولأن متفاضلي المال لا يتساويا في الربح، وإن رضيا باشتراطه[2].

قال سحنون: قال مالك: إذا اشترى كل واحد بصرته سلعته، قبل الخلط، فلكل واحد ما اشترى؛ له نماؤه، وعليه خسارته.

وكذلك لو تلفت صرته؛ حتى يجمعا المالين ويخلطا، أو يجمعا الصرتين في خرج أحدهما، أو في يده؛ فتتم الشركة.

جامع القول في المتفاوضين، والقضاء فيهما، وفي سائر الشركة

والقضاء أن المتفاوضين يلزم كل واحد منهما ما لزم صاحبه.

والمفاوضة على وجهين: إما في جميع الأشياء، وإما في نوع من المتاجر يتفاوضان

---

(1) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 7/317، 318.

(2) انظر: المدونة: 8/382.

فيه كشراء الرقيق يتفاوضان فيها، ولا أعرف شركة عنان ولا رأيت من يعرفها من الحجازيين(1).

قال ابن عبد الحكم: هي الشركة في شيء بعينه، وتجوز المفاوضة على الثلث، والثلثين، وكذلك رءوس أموالهما وإن انفرد أحدهما بمال له، وعرض؛ لم يخرجا من اسم المفاوضة، إلا أن من أقام بينة أن فلاناً مفاوضه؛ كان جميع ما بأيديهما بينهما، إلا ما قامت فيه بينة أنه لأحدهما بإرث، أو هبة، أو صدقة عليه، أو كان له قبل التفاوض، وأنه لم يفاوض عليه؛ فيكون له خاصة، والمفاوضة فيما سواه قائمة.

وإن أقام بينة، أن فلاناً مفاوضه على الثلث؛ كان كذلك، وما ابتاع أحد المتفاوضين من بيع صحيح أو فاسد، لزم الآخر، ويتبع البائع بالثمن، أو القيمة في فوت الفاسد، أيهما شاء، وكذلك لو باع ذلك لأحدهما إلى أجل، لم يحل بعد افتراقهما؛ فله أخذ الذي لم يبايعه بجميع الثمن، وإذا قضى الغريم أحدهما، وهما شريكان؛ برئ، وأما قضاؤه بعد افتراقهما، فمذكور بعد هذا.

ومن ابتاع [(ش: 40/أ)] من أحدهما عبداً، فظهر على عيب؛ فله الرد بالعيب على الآخر إن كان الذي باع منه غائباً، بعيد الغيبة، بعد إقامة البينة أنه ابتاع منه بيع الإسلام وعهدته.

قال أبوبكر: وأنه نقد الثمن ويعلم قدم العيب، وأما إن كان يحدث مثله فعليه البينة أنه كان عند بائعه، وإلا حلف الحاضر على العلم ما علم أن العيب كان عندهما؛ وبرئ، فإن نكل، حلف المبتاع على البت؛ أنه ما حدث عنده ورده.

يريد: ولو حضر البائع حلف على البتِّ في العيب الظاهر، وفيما يخفي على العلم.

قال ابن القاسم: وإن قربت غيبته؛ انتظر فلعل له حجة(2).

وإن اطلع أحدهما على عيب فيما ولي شراءه فرضيه هو، أو شريكه؛ لزم ذلك الآخر، وإن رده مبتاعه، ورضيه شريكه؛ لزم الآخر رضاه، وهو كابتدائه لشراء

---

(1) انظر: المدونة: 8/384.

(2) انظر: المدونة: 8/402.

عبد معيب[1].

وإقالة أحدهما فيما باعه هو، أو شريكه، وتوليته لازمة كبيعه، ما لم تكن محاباة، فيكون كالمعروف، لا يلزم إلا ما جر به نفعاً إلى التجارة، وإلا لزمه قدر حصته منه، وإقالته لخوف عدم، ونحوه من النظر، وكشراء حادث.

ويلغي المتفاوضان نفقتهما، كانا في بلد واحد، أو بلدين، وإن اختلف سعراهما؛ كانا ذوي عيال أو لا عيال لهما، وإن كان لأحدهما عيال، وولد، وليس للآخر أهل، ولا ولد حسب كل واحد ما أنفق، وما ابتاع أحدهما مما يلغى من طعام، وكسوة له، أو لعياله؛ فللبائع أن يتبع أيهما شاء بالثمن، إلا كسوة لا تبذل كوشي، أو وقصبي، أو نحوه؛ فهذا لا يلغي.

محمد: وكذلك الثمن لازم لمن اشتراه[2].

سحنون: وتكون الثياب بينهما.

يريد سحنون إن شاء شريكه لرجاء فضل في الثياب، أو لغير ذلك.

قال ابن القاسم: وإن ابتاع أحدهما- يريد من المال- جارية لنفسه، وأشهد على ذلك، خير شريكه بين أن يجبر له ذلك، أو يردها في الشركة.

قيل: أرأيت إن ابتاعها للوطء، أو الخدمة؟

قال: قيل لمالك: إذا كان كل واحد منهما يبتاع الأمة، فيطؤها، ثم يبيعها وبثمنها في الشركة.

قال: لا خير في ذلك، قيل: فما يصنعان بما في أيديهما من الجواري؟

قال: يتقاومانهن، فمن صارت له أمة؛ كانت له بثمن معلوم ، وحل له الوطء- يريد- بعد أن يستبرئها[3].

قال ابن القاسم: وليس من فعل ذلك منهما كغاصب للثمن، أو متعد في وديعة،

---

(1) انظر: المدونة: 8/404.

(2) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 7/328.

(3) انظر: المدونة: 8/388 و389.

ابتاع بها، ولكن كمبضع أو مقارض تعدى، أو وكيل، وذلك أن هؤلاء [(ش: 40/ب)] أذن لهم في تحريك المال، فربه مخير فيما اشترى، إلا أن الذي ابتاع الأمة من المتفاوضين، إذا لم يسلمها له الشريك بالشراء، فلا بد له من المقاومة، وليس لشريكه أن يعيدها في الشركة، ويدع المقاومة.

وقال غيره: ذلك له.

قال ابن القاسم في أحد الشريكين في الأمة يطؤها: أنه مخير بين التقويم، أو بقائها بينهما[1].

قال محمد: إنما يتقاومان إذ المراد الوطء، وأما إذا وطئ أحدهما؛ فقد لزمته القيمة، إن شاء شريكه، وأما إن حملت؛ فلا بد من القيمة شاء شريكه؛ أو أبى[2].

ابن القاسم: وإن ابتاع أحدهما طعاماً لنفسه، أو لأهله؛ لم يدخل فيه الآخر؛ إذ لا بد لهما من ذلك، وعليه عقدا[3].

ولا بأس أن يشتري أحدهما من الآخر سلعة من تجارتها لنفسه لقنية، أو تجارة.

وإن أخر أحدهما غريماً بدين، أو وضع له منه، نظراً، أو استيلافاً في التجارة؛ جاز، وكذلك الوكيل على البيع، والاقتضاء.

قال في كتاب المأذون: وإذا كان مفوضا إليه[4].

وقال ابن القاسم: وما صنعه مفوض إليه من شريك، أو وكيل، أو عبد مأذون على وجه المعروف لم يلزم، ولكن يلزم الشريك في حصته[5]، ويرد صنيع الوكيل، ويرد

---

(1) انظر: المدونة: 8/389 و390.

(2) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبى زيد: 7/328، 329.

(3) انظر: المدونة: 8/391.

(4) انظر: المدونة: 9/158.

(5) قال عياض: وقوله فيما (صنعه أحد الشريكين من المعروف: لا يجوز له أن يصنعه في مال شريكه، زاد في بعض الروايات وهو يجوز عليه من ذلك قدر حصته)، وضرب عليه في كتاب ابن وضاح، وقال: طرحه سحنون، وقال صح لابن أبي عقبة وبعض الروايات. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2078 و2079.

الوكيل ما هلك من ذلك[1].

قال: وإن مات أحد الشريكين؛ فليس للباقي أن يحدث في المال، ولا في السلع شيئاً إلا بإذن الورثة لانقطاع الشركة.

ولو أن رجلاً أبضع معه أحد المتفاوضين بضاعة من الشركة؛ ليشتري بها شيئاً، ثم علم بموت الذي بعثها معه، أو بموت شريكه، فإن علم أنها من الشركة، فلا يشتري بها شيئاً، وليردها، وإن بلغهما افتراقهما؛ فله أن يشتري، لأن ذلك لهما بعد، وفي الموت يقع للورثة بعضه، وهم لم يأمروه.

وإن مات أحدهما فأقر الحي منهما، أنهما رهنا عند فلان متاعاً، وقال ورثة الهالك: بل أودعته أنت إياه بعد موت ولينا؛ فللمرتهن أن يحلف مع شاهده الحي، ويستحق الجميع رهناً، وإن أبى فله حصة المقر رهناً وليحلف ويستحق والقول قول الشريك، وكذلك إقرار أحدهما بدين، بعد التفرق ويلزمهما في أموالهما[2].

وفي قول ابن القاسم: يلزم المقر حصته، من كتاب ابن سحنون.

ومن كتاب [(ش: 41/أ)] ابن المواز عن ابن القاسم: ولو أقام الحي بينة، أن مائة من المال كانت بيدي الميت، فلم توجد، ولا علم مسقطها؛ فإن قرب موته من قبضها ما لا يظن به أن يشغلها في تجارة، فهي في حصته، وما تطاول وقته لم يلزمه، أرأيت لو قالوا: قبضها منذ سنة، وهما يتجران؛ أيلزمه؟

قال محمد بن المواز: ولو أشهد شاهدين على نفسه بأخذ المائة، لم يبرأ منها إلا بشاهدين أنه ردها طال ذلك أو قصر[3].

وأما إن كان إقرار من غير قصد للإشهاد، فكما ذكر ابن القاسم من طول المدة، وقصرها، ومن أودع منهما، فالوديعة عنده دون صاحبه.

ولو مات فلم تعرف بعينها، كانت في حصته؛ إذ ليست من التجارة، ولأن من

---

(1) انظر: المدونة: 8/393.

(2) انظر: المدونة: 8/406، 407.

(3) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 7/328، 329.

مات وبيده قراض، أو وديعة، أو بضاعة، لا تعرف بعينها، فهي من رأس ماله، ولو أن المودع منهما؛ أودعها شريكه ضمن ، إلا أن يعذر بعورة بيت، وسفر، ونحوه.

قال: ولأحد المتفاوضين أن يبيع بالدين، إذا لم يشترطا ولم يذكرا ذلك في أصل الشركة[1].

محمد: وكذلك شراؤه بالدين[2].

ولأحد المتفاوضين أن يبضع، ويقارض دون إذن الآخر، فأما إيداعه؛ فإن كان لوجه عذر من نزوله ببلد؛ فيرى أن يودع؛ إذ منزله الفنادق، وما لا أمن فيه، فذلك له، وما أودع لغير عذر؛ ضمنه.

وإذا أودعك أحدهما؛ فزعمت أنك رددتها إليه؛ فأنكر؛ فأنت مصدق، إلا أن يودعك ببينة، فلا تبرأ إلا ببينة، وأنت مصدق في هلاكها، وإن رددتها إلى الآخر منهما؛ برئت إن صدقك القابض، فإن أنكر لم تبرأ إلا ببينة، أودعكها الآخر ببينة، أو بغير بينة، كدفعك إلى وكيله بأمره، ثم ينكر الوكيل، يريد وكيلاً مفوضاً إليه.

وإن ادعيت هلاكها كنت مصدقاً، ودفعك لثمن ما ابتعت منهما، أو من أحدهما إلى أحدهما مبايعك، أو غيره، فذلك يبرئك، إن صدقك القابض، وإلا لم تبرأ إلا ببينة.

وإن دفعت إليه بعد أن افترقا، وأنت [(ش: 41/ب)] عالم، لم تبرأ من حصة الآخر، وإن لم تعلم بالفرقة، برئت من الجميع دفعت إلى البائع منك، أو إلى شريكه، بخلاف قبض الوكيل بعد الحجر، وقد ذكرته في الوكالات.

وإذا أودع رجل لأحدهما وديعة؛ فعمل بالوديعة تعدياً فربح، فإن علم الشريك بالتعدي، ورضي بالتجارة بها بينهما، فلهما الربح، والضمان عليهما، وإن لم يعلم فالربح للمتعدي، وعليه الضمان خاصة.

قال غيره: وإن رضي الشريك بذلك، وعمل؛ فهو كأجير، له أجره فيما أعانه، إلا أنه ضامن معه، قال: فإن رضي، ولم يعمل؛ فلا شيء له، ولاضمان عليه، ولا يوجب

---

(1) انظر: المدونة: 8/388.

(2) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 3/566.

الرضى، دون بسط اليد ضماناً، ولا ربحاً، إلا من وجه قول الرجل للرجل: لك نصف ما أربح في هذه السلعة؛ فله طلبه بذلك ما لم يفلس، أو يمت[1].

ولا يجوز لأحدهما أن يفاوض شريكاً إلا بإذن شريكه، وأما في سلعة بعينها؛ فجائز.

وإن أخذ قراضاً فلا ربح للآخر فيه، ولا ضمان عليه، فيما تعدى فيه الآخذ له، وهو إجارة، وليس بتجارة.

وإن استعار أحدهما، بغير إذن الآخر ما عمل عليه لنفسه، أو لمال الشركة، فهلك فضمانه من المستعير خاصة، يريد: بعد أن تبين كذبه في الحيوان.

قال: لأن شريكه يقول: كنت أستأجر لئلا أضمن.

قال غيره: لا يضمن الدابة في العارية إلا بالتعدي[2].

وفي رواية ابن المواز وإن استعار أحدهما دابة، أو غيرها، فتلف ذلك، لم يلزم صاحبه من ذلك ما لزمه هو، ولو استعاراها جميعاً؛ فتعدى عليها أحدهما، ضمن المتعدي خاصة في ماله، وإن استعارها أحدهما؛ لحمل طعام من الشركة؛ فحمله، يعينه الآخر عليها، بغير أمر شريكه؛ فعطبت، لم يضمن إذ فعل بها شريكه ما استعيرت له، وشريكه كوكيله، ولو استعار رجل دابة ليحمل عليها غلاماً له؛ فربطها في داره، فأتى رجل فحمل عليها ذلك الغلام نفسه؛ فعطبت، كان ضامناً، إذا لم يأذن له ربها، ولا وكله المستعير.

محمد، وقال أشهب: لا يضمن؛ لأنها عطبت فيما استعيرت له[3].

قال ابن القاسم: وليس لأحد المتفاوضين أن يعير من مال الشركة، إلا أن يكون قد وسع له في ذلك شريكه، أو يكون شيئاً خفيفاً، كعارية غلام لسقي دابة، ونحوه، والعارية من المعروف الذي لا يجوز لأحدهما، إلا استئلاف التجارة ، وما وهب، أو

---

(1) انظر: المدونة: 8/397.

(2) انظر: المدونة: 8/399.

(3) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 7/329.

حط على المعروف؛ لزمه في حصته، ولو باع أحدهما جارية، ثم وهب ثمنها؛ لم يجز ذلك، إلا في حصته.

قال سحنون: يلزمه في حصته، وتفسخ الشركة، إذ ليس له أن ينتقص مال الشركة بهبته[1].

يريد: إلا أن يرد مثل ما أخذ، ويريد سحنون: يلزمه في حصته من الثمن، وقد بينها في مسألة أخرى.

وعبد المتفاوضين؛ ليس لأحدهما أن يأذن له في التجارة، ولا يكاتبه، ولا يعتقه على مال يتعجله منه، بغير إذن شريكه، إلا أن يأخذ مالاً من أجنبي على عتقه، مثل قيمته فأكثر، فيجوز، وهو كبيعه.

قال سحنون: إذا كان لأحدهما أن يقارض؛ فله أن يأذن للعبد في التجارة.

قال: ولا يلزم أحدهما كفالة الآخر، لأنها معروف، وما جنى أحدهما، أو غصب، أو استهلك، أو أصدق، أو آجر فيه نفسه؛ فلا يلزم شريكه فيه شيء[2].

ولا يجوز إقرار أحدهما بدين لأبويه، أو لولده، أو لجده، أو لجدته، أو زوجته، أو صديق ملاطف، ومن يتهم عليه، ويجوز للأجنبيين، ويلزم شريكه. [(ش: 42/أ)]

وغير المفاوض إذا أقر ببعض سلعة، أو دار، بينك وبينه لرجل؛ حلف المدعي معه، واستحق؛ لأنه شاهد، كإقرار وارث بدين على الميت[3].

وإن جحد أحد المتفاوضين الشركة، فأقام الآخر عليه بينة؛ فهلك المال بيد

---

(1) انظر: المدونة: 8/400 و401.

(2) انظر: المدونة: 8/401 و402.

(3) قال عياض: وقوله: (لو أن شريكين في دار أو متاع أو غيره أقر أحدهما لأجنبي بنصف ذلك، قال: يحلف المقر له مع إقراره، ويستحق حقه). قال أحمد بن خالد: هذا في غير المتفاوضين، وإنما هو في شيء بعينه.

قال القاضي: ومذهب ابن القاسم أن إقرار المفاوض لازم، إلا لمن يتهم عليه، قال محمد بن سحنون: وكذلك إن اشتركا في نوع شركة عنان فإقرار أحدهما لازم لهما، يريد -والله أعلم- فيما يتعلق بشركتهما ومعاملتهما في ذلك النوع، فأما في شيء بعينه فالمقر كالشاهد، وبالله التوفيق. اهـ، انظر: التنبيهات المستنبطة: ص2079.

الجاحد في الخصومة، فإنه ضامن لحصة الآخر، لأنه كالغاصب يمنعه.

وإن قال أحدهما: ابتعت سلعة كذا، وضاعت؛ صدق، لأنه أمين فيما يلي.

ويجوز للمأذون مفاوضة الحر، كما يجوز له أن يدفع قراضاً.

قال أشهب وسحنون: لا يجوز للمأذون أن يأخذ قراضاً، ولا يدفعه؛ لأن ذلك إجارة، ولم يؤذن له في الإجارة.

وأكره شركة الذمي، إلا أن لا يغيب على بيع، ولا شراء، ولا قضاء، ولا اقتضاء، والشركة بين النساء، وبين الرجال والنساء، جائزة.

وجرى في البيوع الأول شيء من معاني الشركة، في باب الشركة والتولية في العروض.

ما يحل، ويحرم من شركة المتزارعين

نهى رسول الله ﷺ عن كراء الأرض ببعض ما يخرج منها(1).

وروي: أنه نهى عن المحاقلة، وأنه نهى عن المخابرة(2).

قال مالك في المحاقلة: أنه كراؤها بالحنطة(3).

قال ابن حبيب: أو بالطعام كله، كان مما تنبته، أو لا تنبته، وأما المخابرة: فكراؤها بجزء مما تنبت(4).

قال ابن القاسم في كتاب كراء الأرضين: إن من المحاقلة أن تكري بشيء مما تنبته

---

(1) أخرجه مسلم: 3/ 1181، في باب كراء الأرض بالذهب والورق، من كتاب البيوع، برقم: 1547.

ولفظ الحديث: عن حنظلة بن قيس الأنصاري قال: سألت رافع بن خديج عن كراء الأرض بالذهب والورق؟ فقال: لا بأس به إنما كان الناس يؤاجرون على عهد النبي على الماذيانات وأقبال الجداول وأشياء من الزرع فيهلك هذا ويسلم هذا ويسلم هذا ويهلك هذا فلم يكن للناس كراء إلا هذا فلذلك زجر عنه فأما شيء معلوم مضمون فلا بأس به.

(2) سبق تخريجه.

(3) انظر: الموطأ: 2/625.

(4) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبى زيد: 7/153.

الأرض[1].

قال في كتاب الشركة: فإذا دخل في شركة المتزارعين كراء الأرض بجزء مما تنبته لم يجز، وإذا أخرجا البذر بينهما نصفين، جاز أن يتساويا في قيمة أكرية ما يتخارجانه بعد ذلك، من أرض، ودواب، وعمل مثل أن تكون الأرض لأحدهما، وللآخر البقر، والعمل عليهما، أو على أحدهما إذا تساويا، وكذلك إن كان البذر والأرض بينهما، وتساويا فيما سوى ذلك[2].

ومعنى العمل في هذا، إنما هو الحرث فقط، لا يكون في ذلك الحصاد والدراس، ولو شرطا ذلك لفسدت الشركة؛ كذلك قال سحنون[3].

وفيها قول من رواية حسين بن عاصم: ولو اشتركا على الثلث والثلثين، على أن يخرجا كذلك البذر، والمؤنات، والعمل؛ فذلك جائز.

يريد: إذا كانت الأرض بينهما كذلك بملك، أو كراء، أو كانت مما تلغى، وهي لأحدهما.

ولا أحب أن يفضل أحدهما الآخر في كراء الأرض، ولا بقر، الأرض لا بال لها إنما تمنح فلا بأس أن تلغى، ويتساويا فيما سواها.

وإن أخرج أحدهما البذر، والآخر الأرض، والعمل بينهما، وقيمة البذر وكراء الأرض سواء؛ لم يجز؛ لأنه أكرى أرضه بنصف طعام صاحبه.

ولو اكتريا أرضاً من أجنبي، جاز أن يخرج أحدهما البذر كله، والآخر البقر، والعمل، وكراء ذلك، وقيمة البذر سواء.

وإن تساويا في الزريعة، والأرض لأحدهما، والعمل على الآخر، على أن متولي العمل يكري الأرض العام، ويزرع قابلاً؛ لم يجز، إلا في أرض مأمون رواها للغرر، إن لم ترو انتفع هذا بعمل الآخر باطلاً.

---

(1) انظر: المدونة: 8/ 251، 252.

(2) انظر: المدونة: 8/ 361.

(3) انظر: النوادر والزيادات: 7/ 374.

وإن أخرج أحدهم الأرض [(ش: 42/ب)]، والآخر البقر وآخر العمل، وتساوى الكراء وتساووا في إخراج الزريعة جاز، وإن كان البذر من عند رجلين ومن الآخر الأرض والعمل لم يجز ويقضي بالزرع لصاحب الأرض ولهذين عليه مثل بذرها[1].

وفي رواية ابن غانم: الزرع لصاحب الزريعة[2] ولهذا كراء أرضه وعمله، كقراض فاسد فإنما يجعل الربح لما لا يؤاجر، وفيه الخسارة كالمال[3].

وروي نحوه للنبي ﷺ.

وقد قيل في المتزارعين: لا تجوز شركتهما، حتى يشتركا في رقاب الدواب، والآلة؛ ليضمنا ذلك جميعاً.

قال محمد: من قول مالك، وابن القاسم: إن الزرع كله لمن ولي القيام به كان مخرج البذر صاحب الأرض، أو غيره، وعليه إن كان هو مخرج البذر؛ فعليه كراء أرض صاحبه، وإن كان صاحبه مخرج البذر؛ فعليه له مثل بذره، وإن ولي العمل جميعاً؛ غرم هذا لهذا مثل نصف بذره، وهذا لهذا مثل نصف كراء أرض صاحبه، وقيمة كراء ما عمل، والأول أحب إلينا.

قال مالك في المختصر: وإن كانت الأرض بينهما، والبقر من عند أحدهما، والعمل من عند الآخر، وتساوى في ذلك؛ فذلك جائز.

وقال سحنون: ولو أخرج أحدهما الأرض، والبذر، وجميع العمل من عند الآخر، فإن كانت قيمة البذر، وكراء الأرض مثل جميع العمل؛ فذلك جائز.

قال سحنون ولو أسلف لرب الأرض نصف الزريعة بعد صحة العقد عن غير

---

(1) انظر: المدونة: 8 / 361، وما بعدها.

(2) قال عياض: كذا لابن وضاح وابن هلال وأكثر الرواة. وعند ابن باز: وقال ابن وهب وابن غانم عن مالك، وعند ابن أبي عقبة، وقد قال غيره: يكون الزرع. اهـ، انظر: التنبيهات المستنبطة: ص2073.

(3) انظر: المدونة (العلمية): 3/604.

شرط ولا عادة لجاز[1].

وروي عن مالك في ما إذا شاركه، وأسلفه على وجه المعروف والرفق به، لا لحاجة إليه فجائز[2].

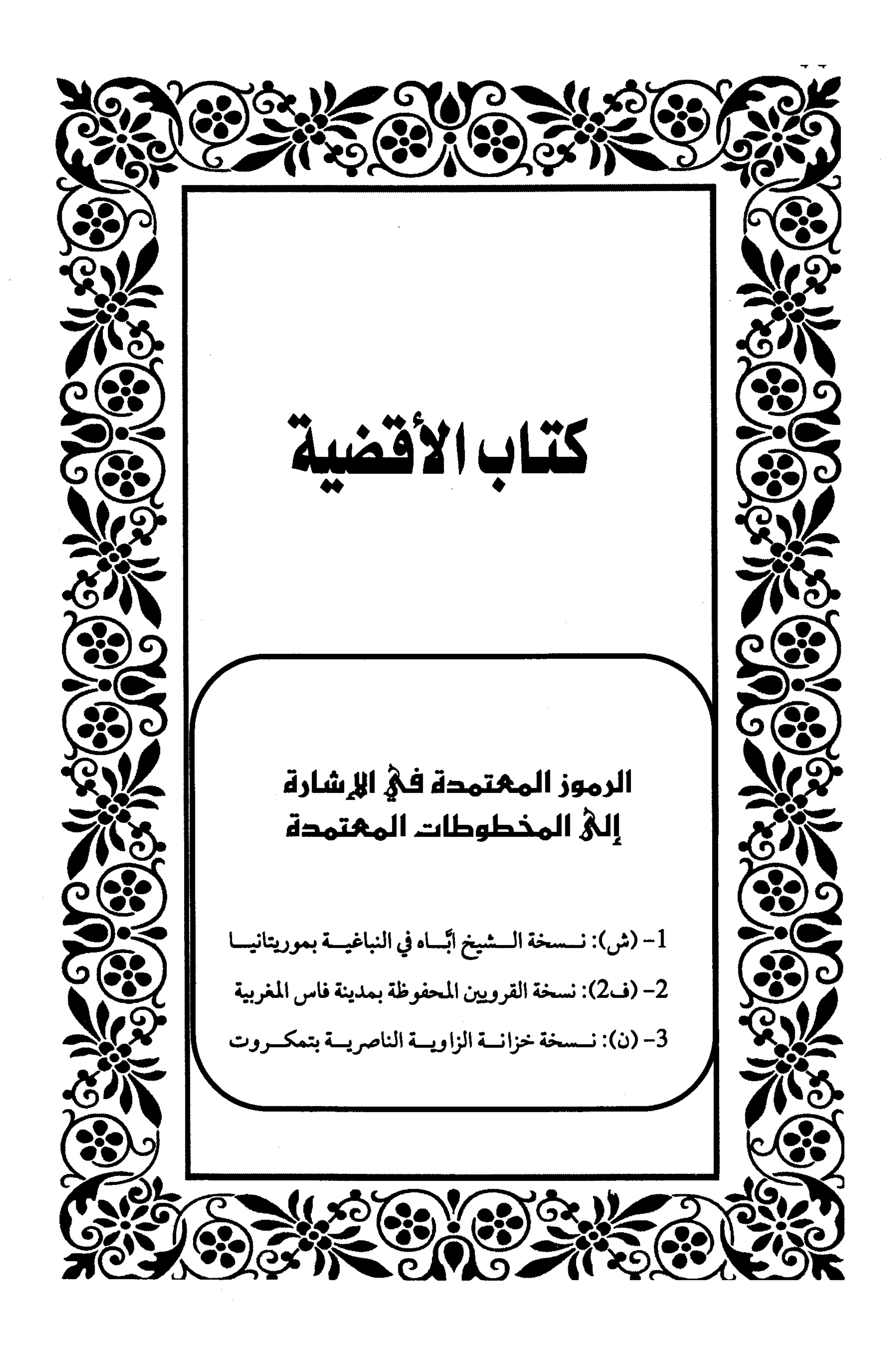
وروى أنه كرهه على كل حال.



(1) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 7/354 و355.

(2) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 12/5.





كتاب الأقضية

الرموز المعتمدة في الإشارة إلى المخطوطات المعتمدة

1- (ش): نسخة الشيخ ابَّاه في النباغية بموريتانيا

2- (ف2): نسخة القرويين المحفوظة بمدينة فاس المغربية

3- (ن): نسخة خزانة الزاوية الناصرية بتمكروت



كتاب الأقضية

جامع القول في القضاة وسيرها، والأقضية ووجوهها، وذكر أرزاق القضاة والقسام، والقضاء على الغائب، والقضاء بين أهل الذمة، وذكر الوكالة على الخصومة

قال الله تعالى: ﴿يَـٰدَاوُۥدُ إِنَّا جَعَلْنَـٰكَ خَلِيفَةً فِى ٱلْأَرْضِ فَٱحْكُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ بِٱلْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ ٱلْهَوَىٰ﴾ [سورة ص آية: 26]، وقال تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ كُونُوا۟ قَوَّٰمِينَ لِلَّهِ شُهَدَآءَ بِٱلْقِسْطِ ۖ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَـَٔانُ قَوْمٍ عَلَىٰٓ أَلَّا تَعْدِلُوا۟ ۚ ٱعْدِلُوا۟﴾ [سورة المائدة آية: 8].

وروي أن النبي عليه [الصلاة و] السلام قال: «**الحكام ثلاثة، اثنان في النار وواحد في الجنة، حكم جهل فخسر فأهلك أموال الناس وأهلك نفسه ففي النار وحكم علم فَعَدَلَ**[1] **فأهلك أموال الناس وأهلك نفسه ففي النار، وحكم علم فعدل فأحرز أموال الناس وأحرز نفسه ففي الجنة**»[2].

وفي حديث آخر: «**إذا اجتهد الحاكم فأخطأ فله أجر، وإن أصاب فله أجران**»[3]،

---

(1) كذا في النوادر، قلت: أي: مَالَ عما علم من الحق، وقال ابن رشد: 498/1: وحكم علم فهزل -يعني جار- فأهلك أموال الناس، انظر: النوادر والزيادات: 14/8، والمقدمات والمهدات: 498/1.

(2) لم أقف عليه بهذا اللفظ.

وأخرجه أبو داود: 322/2، في باب في القاضي يخطىء، من كتاب الأقضية، رقم: 3573، والترمذي: 612/3، في باب ما جاء عن رسول الله ﷺ في القاضي، من كتاب الأحكام، رقم: 1322، وابن ماجه: 776/2، في باب الحاكم يجتهد فيصيب الحق، من كتاب الأحكام، رقم: 2315، من حديث ابن بريدة عن أبيه بلفظ: عن النبي ﷺ قال: القضاة ثلاثة واحد في الجنة واثنان في النار فأما الذي في الجنة فرجل عرف الحق فقضى به ورجل عرف الحق فجار في الحكم فهو في النار ورجل قضى للناس على جهل فهو في النار.

(3) متفق عليه: أخرجه البخاري: 2676/6، في باب أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ، من كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، رقم (6919) ومسلم: 1342/3، في باب بيان أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ، من كتاب الأقضية، رقم (1716) من حديث عمرو بن العاص ﷺ =

وهذا والله أعلم فيمن هو من أهل الاجتهاد؛ فيعذر بخطئه، ومعنى الأول أنه متكلف ليس من أهل الاجتهاد، والله أعلم.

وقال[1] مالك: وكان الخلفاء يقضون بأنفسهم، وأول من استقضى معاوية[2].

قال: ولا يستقضى من ليس بفقيه.

قال عمر بن عبد العزيز: ولا يستقضي حتى يكون عالماً بآثار من مضى، مستشيراً لذوي الرأي حليماً نزهاً، قال: ويكون صليباً ورعاً[3].

قال أشهب: ويكون مستخفاً بالأئمة - يريد غير هيوب لهم في الحق[4].

قال سحنون: ويكون غير مخدوع في عقله.

قال سحنون: والمفتي كالقاضي.

قال مالك: ولا ينبغي لطالب العلم أن يفتي؛ حتى يراه الناس أهلاً للفتيا[5].

قال سحنون: يريد العلماء[6].

وقال ابن هرمز: ويرى هو نفسه أهلاً لذلك[7].

قال مالك: وينبغي للقضاة[8] مشورة العلماء[9].

[(ش: 43/أ)] والشأن، أن يقضي القاضي في المسجد، وهو الأمر القديم ؛ ولأنه يرضي بالدون من المجلس، وتصل إليه المرأة، والضعيف، ولكن لا يقيم فيها الحدود =

بلفظ: أنه سمع رسول الله ﷺ يقول (إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر.

(1) في (ف2): (قال).

(2) انظر: النوادر والزيادات: 8/9.

(3) انظر: المدونة: 8/512.

(4) انظر: النوادر والزيادات: 8/10.

(5) انظر: المدونة: 8/512.

(6) انظر: النوادر والزيادات: 8/12.

(7) انظر: المدونة: 8/512.

(8) في (ف2): (للقاضي).

(9) انظر: النوادر والزيادات: 8/9، وما بعدها.

وشبهها، ولا بأس فيه بخفيف الأدب.

وقول الله تعالى: ﴿إِذْ تَسَوَّرُوا۟ ٱلْمِحْرَابَ﴾ [سورة ص آية: 21] يدل على إباحة القضاء في المسجد.

وكان النبي ﷺ، والخلفاء يقضون فيه(1).

ولا بأس بضرب الخصم يتبين لدده، وظلمه.

ولا بأس إذا آذى القاضيَ نفسَه أن يؤدبه.

ولا ينبغي أن يكثر الجلوس جداً، وإذا دخله هم، أو نعاس، أو ضجر؛ فليقم.

ولا يتخذ كاتباً من أهل الذمة ولا قاسماً، ولا في غير ذلك، إلا المسلمين العدول.

وينبغي له الفهم عن الخصمين، والعدل بينهما في المجلس، والملاحظة، والحكم.

وينبغي إذا أراد توجيه الحكم واستنفد حججهما،(2) أن يقول للمطلوب: أبقيت لك حجة، فإن قال: لا؛ حكم عليه، وإن قال: بقيت له حجة، فأمهله فلم يأت بشيء؛ يحكم عليه، ثم لا يقبل منه حجة بعد إنفاذ حكمه، إلا أن يأتي بما له وجه(3).

قال في كتاب آخر: مثل بينة لم يعلم بها(4).

وقال في الأقضية: مثل أن يأتي بشاهد عند من لا يقضي بشاهد ويمين فيحكم عليه، ثم يجد شاهداً آخر بعد الحكم وقال: لم أعلم به(5).

وقال(6) سحنون لا يقبل منه، وإن أتى بما له وجه(7).

وإذا بان للقاضي أنه قد أخطأ فيما(8) قضى هو به؛ فلينقض قضيته، وإن كان قد

---

(1) من ذلك حديث المتلاعنين، وقد تقدم تخريجه.

(2) في (ف2): (حجتهما).

(3) انظر: المدونة: 8/503، وما بعدها.

(4) انظر: المدونة: 11/141.

(5) انظر: المدونة: 8/482.

(6) قوله: (وقال) زيادة من (ف2).

(7) انظر: النوادر والزيادات: 8/221.

(8) في (ش): (فيمن).

أصاب قول قائل من أهل العلم، وقد فعله عمر بن عبد العزيز.

وإنما لا[1] ينقض ما قضى فيه غيره مما فيه اختلاف، وينقض منه ما لم يختلف فيه من جور، أو خطأ[2] بَيِّن أو[3] شذوذ من القول[4].

سحنون: إن كان شيء مختلف فيه، وله فيه رأي؛ فقضى بغيره ذهولاً[5] أو سهواً؛ فله نقضه وإن كان قد رأى بعد الحكم رأياً سواه؛ لم ينقضه، ويأتنف رأيه ذلك فيما يستقبل[6].

وسُئِل مالك عن أشياءَ قضت فيها ولاة المياه؛ فرأى أن تجوز إلا في جور بَيِّنٍ، وكذلك والي الفسطاط أمير الصلاة إن حكم، وكذلك والي الإسكندرية إن قضى بقضية، أو استقضى قاضياً فقضى، فإنما ينقض من ذلك الجور البَيِّن.

ولو أن رجلين حَكَّمَا بينهما رجلاً جاز ما قضى به بينهما عليهما[7].

ولا ينبغي أن يقيم الحدود في القتل ولاةُ المياه، وليجلب إلى الأمصار، ولا يقيم القتل بمصر كلها إلا في الفسطاط[8].

وإذا عزل القاضي فادعى من حكم عليه جوره؛ لم ينظر في قوله، ولا خصومة بينهما، وقضاؤه نافذ؛ إلا أن يرى الذي ولي جوراً بيناً فيرده، ولا شيء على الأول، ولا يتعرض الذي يلي قضاء من كان قبله؛ إلا في الجور البين.

ولو كان قد حكم في قاتل غيلة أن يسلمه إلى الأولياء، فعفوا عنه؛ فليس لمن يلي بعده قتله؛ للاختلاف فيه.

---

(1) في (ش): (لم).

(2) في (ش): (وخطأ).

(3) في (ش): (و).

(4) انظر: المدونة: 11/95.

(5) في (ف2): (جهلا).

(6) انظر: النوادر والزيادات: 8/97.

(7) انظر: المدونة: 8/506، 507.

(8) انظر: المدونة: 11/100.

قال أشهب: له قتله[1].

يريد أشهب لأنه قول شاذ[2].

قال ابن القاسم: وما تعمد من الجور في قطع، أو جلد؛ أقيد منه؛ إذا أقرَّ، وإن أمر بقتل رجل ظلماً؛ قتل هو والمأمور.

وقد أقاد رسول الله ﷺ والخليفتان من أنفسهم[3]؛ ليستن بهم، ولم يتعمدوا[4] حيفاً.

وما أخطأ فيه، ولم يتعمد من حدٍّ لله؛ فذلك من خطئه الذي تحمل عاقلته منه ثلث الدية فأكثر، فأما دون الثلث؛ ففي ماله[5].

قال[6] في كتاب القطع: كالطبيب والخاتن، قال: وأبى مالك أن يجيبنا في خطأ الإمام بشيء[7].

وأما إن تبين بعد الحكم أن من البينة مسخوط[8]، أو عبد، أو كافر؛ فمذكور في

---

(1) انظر: النوادر والزيادات8/96.

(2) قوله: (يريد أشهب لأنه قول شاذ) زيادة من (ف2).

(3) انظر: المدونة: 11/94.

والحديث أخرجه ابن سعد في الطبقات: 1/375، مرسلاً عن سعيد بن المسيب قال: أقاد النبي ﷺ من نفسه، وأقاد أبو بكر من نفسه، وأقاد عمر من نفسه.

وأخرج البيهقي في السنن الكبرى: 8/64، برقم: 15872، بلفظ: أن رجلا قام إلى عمر بن الخطاب ﷺ، وهو على المنبر فقال: يا أمير المؤمنين ظلمني عاملك وضربني، فقال عمر: والله لأقيدنك منه إذاً، فقال عمرو بن العاص: يا أمير المؤمنين وتقيد من عاملك، قال: نعم والله لأقيدن منهم أقاد رسول الله ﷺ من نفسه وأقاد أبو بكر من نفسه أفلا أقيد؟! قال عمرو بن العاص: أو غير ذلك يا أمير المؤمنين، قال: وما هو؟ قال: أو ما يرضيه، قال: أو ذلك.

(4) في (ش): (يتعمد).

(5) انظر: النوادر والزيادات: 8/104، وما بعدها.

(6) في (ف2): (وقال).

(7) انظر: المدونة: 11/139.

(8) في (ش): (مستخرج).

باب الرجوع [(ش: 43/ب)] عن الشهادات[1].

ولا يقضي القاضي بعلمه قبل أن يَلِيَ أو بعد[2].

ولو أقرَّ أحد الخصمين عنده بشيء، وليس[3] عنده أحد، ثم يعود إليه فيجحد ذلك الإقرار؛ فإنه لا يقضي عليه به إلا ببينة سواه، أو[4] يشهد هو بذلك عند من هو فوقه، وكذلك ما اطلع عليه من حد الله تبارك وتعالى، أو سمع من قذف، أو رأى من غصب؛ وليرفعه إلى من هو فوقه فيكون شاهداً.

وإن رآه الخليفة رفعه إلى قاضيه، فإن رآه أمير المصر رفعه إلى قاضي[5] المصر، دون رفعه إلى أمير المؤمنين.

وإن سمع الإمام قذفاً فإن كان معه شهود؛ لم يجز فيه عفو الطالب؛ إلا أن يريد ستراً؛ مثل أن يخاف أن يثبت ذلك عليه، وليسأل الإمام عن ذلك سراً، فإن كان شيئاً قد سمع؛ جاز عفوه[6].

وأما علمُ القاضي بجرحةِ شاهدٍ، أو عدالته؛ فليمضِ ذلك بعلمه، ولا يقبل فيمن علم جرحته؛ تزكية أحد إن شهد[7] بقرب ما علم منه الجرحة.

قال في كتاب القذف: وإذا أقرَّ الخصم عند القاضي بشيء، ثم جحد ولم يحضر ذلك إلا القاضي والطالب؛ فلا يقضي[8] بذلك، كما لا يقيم الحدود بمثل ذلك.

وفرق أهل العراق بين الحدود والإقرارات، وقالوا: يحكم من الإقرار بما كان سمع في ولايته، لا بما علم قبل أن يَلِيَ، ورأى مالك ذلك كله سواء[9].

---

(1) انظر: المدونة: 11/66، ومابعدها.

(2) في (ش): (و بعد).

(3) في (ف2): (وليس).

(4) في (ش): (و).

(5) في (ش): (أمير).

(6) انظر: المدونة: 8/509، 510.

(7) في (ش): (شهدت).

(8) في (2): (نقض).

(9) انظر: المدونة: 11/50، 51.

وقال ابن الماجشون: يحكم بالإقرار عنده في ولايته، وبه يأخذ سحنون[1].

ومن الأقضية: وإذا كان بين الخليفة وبين رجل دعوى تحاكما إلى رجل يرضيان به فيحكم بينهما، وقد اختصم عمر مع أُبَيٍّ إلى عثمان.

وإذا مات القاضي، أو عزل، وفي ديوانه شهادة البينات وعدالتها؛ لم ينظر فيه من بعده، ولم يحكم به إلا أن تقوم بينة أن[2] الشهود شهدوا بذلك عنده؛ فيمضى[3]، ولا يجوز قول المعزول فيه، ولا شهادته على ما حكم به.

وكذلك لا تجوز شهادة القسام على ما قسموا.

قال أبو محمد:[4] وفيه اختلاف مذكور بعد هذا.

وإن لم تقم[5] بينة على أن البينة شهدت على ما في ديوان المعزول؛ حلف المطلوب ما شهد بذلك على[6] أحد؛ ثم لا يلزمه، فإن نكل؛ حلف الطالب وثبت له أن البينة شهدت بذلك؛ ثم نظر فيها الذي ولي بما كان ينظر المعزول.

وإذا كتب قاض إلى قاض بما ثبت عنده من شهادة[7] على رجل في حدٍّ، أو قصاص، أو حق سواه، أو بقضاء نفذه في ذلك كله، فثبت عند المكتوب إليه أن هذا كتاب القاضي الذي كتب إليه وطابعه، أو كان[8] فيه طابع فانكسر، أو ثبت أنه كتابه ولا طابع فيه؛ فذلك سواء.

وينبغي لهذا إنفاذ ما فيه، والقضاء به على الرجل المذكور فيه.

وكذلك إن عزل المكتوب إليه، أو مات، ووصل الكتاب إلى من ولى بعده؛ فلينفذه، وكذلك إن عزل الذي كتب به، أو مات قبل وصوله، أو بعد؛ فلينفذه من

---

(1) انظر: النوادر والزيادات: 8/68.

(2) في (ف2): (بأن).

(3) في (ش): (فيمض).

(4) قوله: (قال أبو محمد) زيادة من (ف2).

(5) في (ش): (يقم).

(6) قوله: (على) ساقط من (ف2).

(7) قوله: (من شهادة) ساقط من (ف2).

(8) في (ش): (كان).

وصل إليه.

ومن أقام بينة على غائب، ثم قدم قبل الحكم؛ لم تعد البينة لحضوره، ألا ترى أنا نقضي عليه في غيبته، ولكن يخبر بمن شهد عليه وبالشهادة، فلعل [(ش: 44/أ)] له[1] حجة[2].

ومن كتاب الغصب قال: ومن بيده سلعة بإجارة، أو عارية، أو وديعة، فأقام رجل بينة أنها له، وربها غائب؛ فإنه يقضى له بها على الغائب إلا أن تقرب غيبته؛ فيكتب إليه الإمام ويتلوَّم لقدومه، وإذا قضى على الغائب؛ كان[3] على حجته إذا قدم[4].

ومن كتاب القسم: وسئل عن دار في يد غائب، فقام من ادعى أنه وارثها معه، أو أنها[5] لأبيه لا حق للغائب فيها، وأتى ببينة، قال: سمعت من يذكر عن مالك: أنه لا يقضى على الغائب في الدور.

قال ابن القاسم: إلا في البعيد الغيبة، مثل الأندلس، أو[6] طنجة وما بعد؛ فليقض عليه، وإن كانت الغيبة مثل ما يسافر الناس إليه، ويقدمون مما ليس بالمنقطع البعيد؛ فليكتب إليه الإمام، فيوكل، أو يقدم، ولا يقيم لغائبٍ، أو لطفلٍ، وكِيلاً يقوم[7] بحجته[8].

ومن كتاب الغصب: قال[9]: ويحكم القاضي بين أهل الذمة في غصب الخمر وإفسادها، إذ هي من أموالهم، وذلك من التظالم[10].

---

(1) قوله: (له) ساقط من (ف2).

(2) انظر: المدونة: 8/506، وما بعدها.

(3) في (ش): (جعل).

(4) انظر: المدونة: 9/347، 348.

(5) قوله: (أو أنها) يقابله في(ش): (وأنه).

(6) في (ف2): (و).

(7) في (ش): (لا يقوم).

(8) انظر: المدونة: 10/12.

(9) قوله: (قال) زيادة من (ف2).

(10) قوله: (إذ هي من أموالهم... التظالم) ساقط من (ش)، وانظر المسألة في: المدونة: 9/354.

ومن كتاب تضمين الصناع، وغيره: ولا يحكم بين أهل الذمة في تعاملهم بالربا[1]، ولكن من امتنع منهم من دفع ثمن، أو مثمون في البيع؛ حكم بينهم فيه؛ لأن هذا من التظالم.

ولا يعرض لهم فيما يجري بينهم، من فساد بيع، أو سلم، إلا أن يتحاكموا إليه، فيكون مخيراً.

قال مالك: وترك الحكم بينهم في ذلك أحبّ إليّ، فإن حكم[2] حكم بحكم الإسلام يقول الله سبحانه: ﴿فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ﴾ [سورة المائدة آية: 42]، وقال: ﴿وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ﴾ [سورة المائدة آية: 42][3].

قال: والذين حكم بينهم النبي ﷺ لم يكونوا أهل ذمة[4].

قال يحيى بن عمر: إذا رضي ذميان بحكمه؛ أخبرهم بما يحكم به، فإن رضياه؛ حكم، وإن أبى أحدهما؛ ترك، وإن كانوا أهل ملتين؛ حكم بينهما[5]؛ وإن كره حكمه أحدهما[6]، وقاله سحنون، وكذلك قال عيسى بن دينار.

وروي عن ابن القاسم: لا يحكم بينهما، رأيت هذا في كتاب أبي بكر بخطه[7].

ومن الأقضية قال: ولا بأس بأرزاق القضاة، وكذلك العمال إذا عملوا على حق، وكل عامل للمسلمين على حق، وما بعث فيه الإمام من أمور الناس؛ فالرزق فيه من بيت المال.

ولا بأس أن يفرض للقسام من بيت المال، وكذلك قسام الغنائم، وأكره ارتزاقهم

---

(1) انظر: المدونة: 9/354، 8/26 و27.

(2) في (ش): (ظلم).

(3) انظر: المدونة: 8/27، 9/354.

(4) انظر: المدونة: 8/26 و27.

(5) قوله: (حكم بينهما) ساقط من (ش).

(6) انظر: النوادر والزيادات: 8/239.

(7) قوله: (وكذلك قال عيسى بن دينار... أبي بكر بخطه) يقابله في (ش): (ومن كتاب الغصب قال: ويحكم القاضي بين أهل الذمة، في غصب الخمر وإفسادها ذمي من أموالهم وذلك من المظالم)، وانظر المسألة في: البيان والتحصيل: 9/375.

على غير ذلك؛ لأنه إنما يعرض لهم في أموال اليتامى وسائر الناس، كما أكره ارتزاق صاحب السوق من أموال الناس[1].

وكان خارجة ومجاهد يقسمان بغير أجر[2].

ولا بأس أن يستأجر أهل مورث، أو مغنم، قاسماً برضاهم، وأجر القاسم على جميعهم، على الذمم لا على الأنصباء، ممن طلب القسم أو أباه بالسواء، وإن اختلفت الأنصباء، وكذلك أجر كاتب الوثيقة.

قال مالك في قوم أرادوا أخذ مال لهم عند رجل، فيستأجرون من يكتب بينهم كتاباً يتوثق له ولهم؛ فأجره عليه وعليهم[3].

قال مالك: ويجوز للرجل أن يوكل من يخاصم عنه وهو حاضر، كان طالباً أو مطلوباً، إلا أن يريد ضرراً بخصمه؛ فيمنع مثل أن يوكل عليه عدواً له ونحوه، وكمن باع ديناً له على رجل من عدو لغريمه ابتاعه، يريد أذاه، فلا يمكن من بيعه منه[4].

وكان سحنون لا يقبل من المطلوب وكيلاً[5].

قال[6] مالك في خصمين: تناظرا عند الحكم وتوجه أمرهما، ثم حلف أحدهما ألا يخاصم بنفسه، وأراد أن يوكل؛ فليس ذلك له إلا لعذر، مثل أن يكون أسمعه قبيحاً، ونحوه[7].

قال ابن القاسم: ولو مرض، أو أراد سفراً، أو حجاً أو غزواً؛ فله أن يستخلف من يَلِيَ حجته[8].

---

(1) انظر: المدونة: 10/92، 93.

(2) انظر: المدونة: 8/509.

(3) انظر: المدونة: 10/94.

(4) انظر: المدونة: 9/487 و488.

(5) انظر: النوادر والزيادات: 8/235.

(6) في (ف2): (وقال).

(7) في (ف2): (أو نحوه).

(8) انظر: المدونة: 9/487.

وفي كتاب الجعل، ذكر الجعل على الخصومة[1].

ومن كتاب الكفالة: وليس للطالب أن يجبر المطلوب على أن يوكل وكيلاً تقع عليه البينة؛ لأنا نسمع [(ش: 44/ب)] البينة في غيبة المطلوب.

يريد إذا كان مشهوراً، وإن كان بالمصر[2].

قال غيره: إن ثبتت الخلطة؛ أخذ منه حميلاً ليأتي بالبينة[3].

تم كتاب الأقضية بعون الله



---

(1) انظر: 8/124 و125.

(2) قوله: (يريد إذا كان مشهورا، وإن كان بالمصر) ساقط من (ف2).

(3) انظر: المدونة: 9/205 و206.

اختصار[1] كتاب الشهادات[2]

بما دخل فيه من كتاب الأقضية وغيره[3]

---

(1) قوله: (اختصار) زيادة من (ن).

(2) عياض: الشهادة: معناها البيان، وبه سمي الشاهد؛ لأنه يبين الحكم والحق من الباطل، وهو أحد معاني تسميته تعالى شهيداً، وإليه أشار بعضهم في معنى قوله: ﴿شَهِدَ ٱللَّهُ أَنَّهُۥ لَآ إِلَٰهَ إِلَّا هُوَ وَٱلۡمَلَٰٓئِكَةُ﴾ [سورة آل عمران آية: 18]؛ أي: بين.

وشروط الشهادة العامة الجائزة في كل شيء ثمانية: البلوغ والعقل والذكورية والحرية والإسلام والعدالة، وضبط الشهادة حين الأداء، وحين السماع، وارتفاع الظنة من عداوة خاصة للمشهود عليه أو ولاية خاصة للمشهود له. وقد تنخرم بعض هذه الشروط في بعض النوازل.

وشروط العدالة أربعة: صدق اللهجة، واجتناب الكبائر، وتوقي المثابرة على الصغائر، والتزام مروءة مثل الشاهد؛ اشتراطه في شهادة الأخ أول الكتاب التبريز، ولم يشترطه أثناءه وكذلك اختلف قوله في اشتراطه في غير هذا الكتاب، فحمله بعضهم على أنه خلاف، وأنهما قولان له مرة اشترط التبريز في شهادتهم له في المال والتعديل ومرة لم يشترطه، كما قال في رواية ابن وهب: ولا بأس بحاله، فهذا نص أنه لم يشترط التبريز.

وجاء في كتاب الشفعة في بعض الروايات: (أيجوز لي أن يشهد لي في وكالتي أبي أو ابني زيادة أو أخي أنه لا يجوز له إن كان هو الوكيل)، قال أبو عِمرَان: معناه أنه غير مبرز، وحمل كلامه أولاً غير واحد على اشتراط التبريز على كل حال، وهو الأظهر لكنه مرة بينه، ومرة أهمله، وترك ذكره اكتفاء بما بينه قبل.

وعلى اشتراطه اختصره الأكثرون، وحملوا التعديل على تعديل أخيه في الشهادة، كما قال ابن القاسم في سماع عيسى، ورواية زياد، وابن نافع عن مالك، خلاف ما ذهب إليه أَشْهَب من أنه لا يجوز تعديله له؛ لأن شرف أخيه شرف له، ومثله لعبد الملك في المبسوط.

وقال بعضهم: المراد بالتعديل - هنا - تعديل من شهد لأخيه، فيكون من باب المال ويكون غير خلاف لأَشْهَب، وقد قيل: لا تقبل شهادة الأخ لأخيه جملة كالابن مع أبيه، وهو في آثار المدونة فيها ولشريح في المسألة قولان.

وقيل: تجوز في اليسير دون الكثير، وقد اختلف في شهادته له في الحدود والقصاص وغير المال بما هو مسطور، وقول شريح في الكتاب: (لا تجوز شهادة العبد لسيده)، قالوا فيه دليل على أنه تجوز عنده لغير سيده.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2159.

(3) في (ن): (وغيرها).

ووجه[1] القضاء في التداعي[2] وما يجب من إيقاف ما يدعى فيه، ووضع القيمة فيما يقضى فيه، وكيف يشهد على ما غاب منه، وما يوجب أخذ حميل ووجوب اليمين بالخلطة والنكول عنها

قال الرسول ﷺ: «اليمين على المدعى عليه»[3]، وروي أيضاً: «البينة على المدعي»[4].

قال ابن عبد الحكم: الذي[5] ثبت في الرواية قوله عليه السلام: «اليمين على المدعى عليه»، ولا خلاف أن المدعي يكلف البينة.

قال أبو[6] محمد: وفي[7] حديث آخر ثابت عن[8] النبي ﷺ، قال: للمدعي «بينتك أو[9] يمينه»[10].

وروي أنه عليه [الصلاة و] السلام رد اليمين على الطالب في الحقوق[11].

---

(1) في (ش) و(ف2): (وجه).

(2) في (ش): (القواعد).

(3) متفق عليه، أخرجه البخاري: 4/1656، في باب تفسير سورة آل عمران، من كتاب التفسير، برقم: 4277، ومسلم: 3/1336، في باب اليمين على المدعى عليه، من كتاب الأقضية، برقم: 1711.

(4) صحيح، أخرجه الترمذي: 3/626، في باب ما جاء في أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه، من كتاب الأحكام، برقم: 1341، والدارقطني في سننه: 4/157، في باب خبر الواحد يوجب العمل، من كتاب الوصايا، برقم: 8.

(5) في (ن): (والذي).

(6) قوله: (أبو) ساقط من (ش).

(7) قوله: (في) ساقط من (ن).

(8) في (ف2): (أن).

(9) في (ف2): (وإلا).

(10) لم أقف عليه.

(11) أخرجه الحاكم في المستدرك: 4/113، من كتاب الأحكام، برقم: 7057، والدارقطني: 4/213، برقم: 34، والبيهقي في السنن الكبرى: 10/184، برقم: 20528، في باب النكول ورد اليمين، من كتاب الشهادات، عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: إن النبي ﷺ رد اليمين على طالب الحق.

وفي حديث القسامة دليل أنه لا يقضى بالنكول دون رد[1] اليمين، ومن ذلك رد اليمين في اللعان، والله أعلم.

وقال علماء المدنيين: لا تجب[2] اليمين حتى تثبت الخلطة، وبه حكم أئمتهم.

قال ابن القاسم: فمن ادعى قِبل رجل ديناً أو غصباً أو استهلاكاً[3]، فإن عرف بمخالطته[4] في معاملته[5]، أو علمت تهمته فيما ادعى قبله من التعدي أو الغصب؛ نظر فيه الإمام، فإما أحلفه له[6]، أو أخذ به[7] كفيلاً حتى يأتي بالبينة، فإن لم تعلم خلطته[8] أو تهمته[9] فيما ذكر[10]؛ لم يعرض له[11].

قيل: فإن ادعى عليه كفالة ولا[12] خلطة بينهما[13]، قال: قال مالك: فيمن باع

(1) قوله: (رد) ساقط من (ن).

(2) في (ن): (يجب).

(3) في (ن): (استهلاك).

(4) في (ش): (لمخالطته).

(5) في (ف2): (معاملة).

(6) عياض: قال بعضهم: جعل له - هٰهنا - أخذ الكفيل، ولم يجعل له ذلك في كتاب الكفالة ولغيره هناك كما له هو - هنا وأيضاً - فإنه جعل الكفالة في الغصب والتعدي وليس موضعها.
وقال آخرون: ظاهره أخذ الكفيل بمجرد الدعوى لقوله بعد هذا: وأما الدين فإن كان بينهما خلطة، وإلا لم يعرض له، فدل أن الوجه... الأول بخلافه.
قال القاضي: وقد يحتمل أن معنى الكفيل - هنا - هو الموكل به ومثله يسمى كفيلاً، ووكيلا كما قال بعد هذا: (رأيت أن يوقف له). ومعنى التوقيف - هنا - أن يوكل به من يحرسه، ويلازمه كما بينه غيره فقوله يوكل به حتى يأتي ببينة، وعلى معنى التوقيف الذي فسرناه حمل أبو عِمرَان هذا اللفظ، وحمله غيره. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2179، وما بعدها.

(7) في (ش): (له).

(8) في (ف2): (خلطة).

(9) في (ف2): (تهمة).

(10) في (ن): (ذكرنا).

(11) انظر: المدونة: 46/9.

(12) في (ن): (بلا).

(13) عياض: قيل معناه: لا خلطة بين المدعي والكفيل، ولا تراعى خلطة الكفيل مع المكفول، وقيل:

سلعة من رجلين، فقبض من أحدهما حصته ثم لقي الآخر، فقال: قد دفعت إلى صاحبي يدفع إليك، فسأل البائع صاحبه فأنكر فأراد يمينه، فلم ير هذه[1] خلطة توجب اليمين، وكذلك الكفالة لا يمين عليه[2].

قال ابن نافع وابن كنانة: تجب الخلطة بشاهد ويمين[3].

قال مالك: وإن[4] أقام بالحق شاهدين[5]، فأقام المطلوب بينة أنهما عدواه سقطا، ولا تجب[6] عليه يمين بذلك[7].

وقال غيره: عليه اليمين.

وقال المغيرة وسحنون: أهل السوق وغيرهم سواء[8]، لا تجب بينهم اليمين إلا بخلطة[9].

قال يحيى: وأما الصناع، فعليهم اليمين لمن ادعى عليهم في صناعتهم، وإن لم يأت بخلطة، لأنهم نصبوا أنفسهم للناس[10].

وإذا ثبتت الخلطة، فاستحلف[11] المطلوب فنكل؛ لم يقض الإمام للطالب حتى يرد اليمين عليه، وإن جهل المطلوب أن يسأله ردها؛ فعليه أن يعلمه ذلك، ولا =

بل المراعاة خلطة الكفيل مع المكفول لا غير، وهو أظهر؛ لأنه إنما يتكفل الرجل بمن يشفق عليه، ويصله، ويبره، وقد يتكفل لخصمه، وعدوه مراعاة له.اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2177.

(1) في (ن): (هذا).

(2) قوله: (وكذلك الكفالة لا يمين عليه) ساقط من (ن)، وانظر المسألة في: المدونة: 9/46.

(3) انظر: النوادر والزيادات: 8/144، 145.

(4) في (ن): (فإن).

(5) في (ش): (بشاهدين).

(6) في (ن): (يجب).

(7) في (ف2): (لذلك)، وانظر المسألة في: البيان والتحصيل: 9/432.

(8) قوله: (سواء) ساقط من (ف2).

(9) قوله: (لا تجب بينهم اليمين إلا بخلطة) يقابله في (ن): (لا يجب يمين إلا بخلط).

(10) انظر: النوادر والزيادات: 8/145.

(11) في (ن): (فحلف).

يقضي[1] حتى يردها، فإن[2] نكل الطالب فلا شيء له[3].

وإن حلف المطلوب ثم وجد الطالب بينة، فإن لم يكن[4] يعلم[5] بها قضي له بها، وإن طلب اليمين بعد علمه بها تاركاً لها، فلا حق له، وإن كانت غائبة[6].

أشهب يرى[7] له القيام بالبينة[8] بعد اليمين، وإن علم بها[9].

وإن قال للإمام: أحلفه[10] لي وإذا قدمت بينتي[11] قمت بها[12] نظر، فإن قربت بينته[13] على مثل اليومين والثلاثة؛ لم يحلفه له إلا على إسقاطها، وهي كالحاضرة[14] إذا حلفه سقطت، أحلفه[15] عند الإمام، أو عند غير الإمام، وإن كانت غائبة بعيدة الغيبة[16]، نظر الإمام، فإن خاف [(ش: 45/أ)] تطاول الأمر، وذهاب الغريم أحلفه له، وكان له القيام بها[17] إذا قدمت، وإن أقام الطالب شاهداً وأبى أن يحلف معه؛ فله يمين المطلوب، فإن نكل غرم، ولا يرد اليمين على الطالب، لأنه هو ردها[18].

---

(1) في (ن): (ولا يقض).

(2) في (ن): (وإن).

(3) في (ش): (عليه).

(4) قوله: (يكن) ساقط من (ن).

(5) في (ف2): (علم).

(6) قوله: (اليمين بعد... غائبة) غير مقروء في (ن)، وانظر المسألة في: المدونة: 8/489، وما بعدها.

(7) في (ن): (نرى).

(8) قوله: (له القيام بالبينة) غير مقروء في (ن).

(9) انظر: النوادر والزيادات: 8/170.

(10) في (ش): (حلفه).

(11) في(ش) و(ن) (ببينتي).

(12) قوله: (قدمت... قمت بها) غير مقروء (ن).

(13) في (ش): (ببينته).

(14) في (ش): (الحاضرة).

(15) في (ف2): (حلفه).

(16) قوله: (الغيبة) ساقط من (ش).

(17) قوله: (بها) ساقط من (ف2).

(18) انظر: المدونة: 8/491.

ومن كتاب الكفالة: وإذا ثبتت الخلطة[1] فليس له أخذ كفيل بالحق[2] ليأتي بالبينة، إلا أن يقيم شاهداً[3]، فله أخذ كفيل[4] بالحق[5][6].

قال: وليس له أخذ كفيل[7] بالوجه[8] ليأتي بالبينة، إلا أن يحضرها من السوق أو بعض القبائل، فليوقف القاضي المطلوب[9] عنده لمجيء البينة، فإن جاء بها[10] وإلا خلى سبيله، وليس له أن يجبره على أن يوكل وكيلاً تقع البينة عليه، إلا أن يشاء، لأنا نسمع البينة في غيبة المطلوب.

و[11] قال سحنون: إذا كان المشهود عليه معروفاً سمعت البينة في غيبته.

قال سحنون: يحتاج أن يوكل أحد فهذا يبعد، ولكن يأخذ منه كفيلاً إلى ما قرب ليأتي ببينة تلطخ.

قال أبو محمد: هذا الذي من الكفالة بعضه مطروح عند يحيى ورواه أحمد بن داود[12].

قال غيره: إذا ثبت الخلطة أخذ منه كفيلاً بالوجه ليأتي بالبينة[13].

ومن الشهادات: قال غيره: وإن ادعى شيئاً في ذمته وطلب كفيلاً، سأله القاضي بينة على خلطة أو معاملة أو ظنة، فإن ادعى على الخلطة بينة قريبة، وكل بالمطلوب حتى

---

(1) قوله: (وإذا ثبتت الخلطة) ساقط من (ش).
(2) في (ش): (بالحد).
(3) في (ش): (بشاهد).
(4) في (ف2): (الكفيل).
(5) قوله: (بالحق) ساقط من (ش).
(6) انظر: المدونة: 9/250.
(7) في (ف2): (الكفيل).
(8) قوله: (بالوجه) ساقط من (ش).
(9) قوله: (المطلوب) ساقط من (ش).
(10) قوله: (بها) ساقط من (ن).
(11) قوله: (و) زيادة من (ن).
(12) قوله: (قال سحنون: يحتاج أن يوكل...ورواه أحمد بن داود) زيادة من (ف2).
(13) انظر: النوادر والزيادات: 8/177.

يأتي بما يوجب اللطخ[1] ما بينه وبين يوم وشبهه، فإن جاء بذلك وادعى على الحق بينة بعيدة؛ استحلف المطلوب وأطلقه بغير كفيل، وإن ادعى[2] قربها؛ أخذه بكفيل بوجهه ما بينه وبين خمسة أيام إلى الجمعة، ولا يأخذه بكفيل بالمال، ولا بما يدعي قبله[3] من رباع.

وأما إن كانت الدعوى فيما لا يتغير، ويحتاج أن يشهد[4] البينة على عينه من حيوان أو عرض أو طعام؛ فهذه الأشياء توقف ويؤخذ بها كفيل[5]، كما يؤخذ بوجه المطلوب ليشهد عليه، وأما ما لا يحتاج إحضاره لتشهد البينة عليه، فلا يؤخذ به كفيل.

وإن كانت الدعوى فيما يفسد من اللحم ورطب الفواكه وقد أقام لطخاً أو شاهداً على الحق، وأبى أن يحلف، وادعى بينة قريبة على الحق، أجله الإمام بإحضار شاهدين[6] أو شاهد، إن أتى بشاهد قبله ولم يحلف معه ما لم يخف فساد ذلك الشيء، فإن جاء بما ينتفع به، وإلا أسلم[7] الشيء إلى المطلوب، ونهى المدعي عن العرض له.

وإن كان قد أقام شاهدين[8] فأوقف الشيء للكشف[9] عنهما، فإن خاف فساده باعه وأوقف ثمنه[10]، فإن زكيت بينة المدعي وهو مبتاع أخذه، وأدى الثمن الذي

---

(1) اللطخ ولطخوا به: أي اتهموا به وأضيف إليهم كمن لطخ بشيء وإنما يستعمل هذا فيما يقبح وقوله في حديث أبي طلحة تركتني حتى تلطخت أي تنجست وتقذرت بالجماع يقال فلان لطخ أي قذر وقد يكون بمعنى الأول أي حين تلبست بها تلبست به من ذلك القبيح فعله لمن أصابه مثل مصابي. انظر: مشارق الأنوار على صحاح الآثار: 357/1.

(2) قوله: (وإن ادعى) يقابله في (ن): (فإن عا).

(3) في (ش): (فيه).

(4) في (ن): (نشهد).

(5) في (ن): (كفيلاً).

(6) في (ش): (شهيدين).

(7) في (ن): (سلم).

(8) في (ف2): (شهيدين).

(9) في (ن): (ليكشف).

(10) في (ن): (الثمن).

قالت بينته، كان أقل من ذلك أو أكثر، ويقال للبائع إذا كان يأخذ[1] أكثر من الثمن الموقوف[2]: أنت أعلم بالمخرج من[3] الزيادة، وإن لم يزكوا[4] أخذ المدعى عليه الثمن الموقوف لأنه عليه بيع نظراً، ولو ضاع الثمن قبل القضاء أو بعد كان ممن قضي له به[5].

قال ابن القاسم: وإن ادعى عليه حداً، وادعى بينة قريبة يأتي بها في يومه أو في[6] غده؛ أوقفه الإمام ولم يحبسه، ولو أقام شاهداً حبسه له، ولا يؤخذ في هذا كفيل، وكذلك في الجراح، وما يكون في الأبدان[7].

وإن ادعى عبداً بيد رجل، وأقام بينة غير قاطعة، ولكن إنهم سمعوا[8] أن عبداً سرق له، أو شاهداً على القطع أنه عبده وله بينة ببلد آخر، فسأل وضع قيمة العبد؛ ليذهب به إلى بينته لتشهد[9] عليه[10] عند قاضي تلك البلدة، فذلك له، وليس ذلك له إن لم يأت بشاهد أو بينة على سماع ذلك، وإن [(ش: 45/ب)] ادعى بينة قريبة[11].

قال غيره: إن ادعى بينة حاضرة على الحق، أو على سماع يثبت[12] له به دعواه فليوقف الإمام العبد ويوكل به[13]؛ ....

(1) قوله: (يأخذ) ساقط من (ش).

(2) في (ن): (الموقف).

(3) قوله: (بالمخرج من) يقابله في (ش): (بالتجرح عن).

(4) في (ش): (يزك).

(5) انظر: المدونة: 9/59، 60.

(6) قوله: (في) ساقط من (ش).

(7) انظر: المدونة: 9/55.

(8) في (ش)، (ن) (ولكنهم شهدوا) والمثبت موافق لما في تهذيب البراذعي: 3/601.

(9) قوله: (لتشهد) غير مقروء في (ن).

(10) قوله: (عليه) ساقط من (ف2).

(11) انظر: المدونة: 9/57.

(12) في (ن): (ثبت).

(13) عياض: وقوله: (يوكل به) على الوكالة والحمالة، وأظنه تأويل أبي محمد اللوبي، وأما قول من قال: =

ليأتي[1] ببينة فيها قرب من يوم ونحوه، فإن جاء بشاهد أو سماع، وسأل إيقاف العبد ليأتي ببينته، فإن كانت بعيدة وفي إيقافه ضرر؛ أحلف[2] المطلوب وسلمه إليه بغير كفيل، وإن كان بينة الحق قريبة؛ أوقف له نحو الخمسة الأيام إلى الجمعة، وهذا التحديد لغير ابن القاسم.

ورأى ابن القاسم أن يوقف له، لأن الجائي بشاهد أو[3] سماع له وضع القيمة عند مالك؛ والذهاب به لبينته، فهذا كالإيقاف، ونفقة العبد في الإيقاف على من يقضى له به.

قال غيره: وإنما يوقف مثل ما يشهد على عينه؛ من الرقيق والحيوان والعروض[4] والطعام، لأن[5] ذلك يحول وتزول عينه.

قال ابن القاسم: و[6] يوقف ما لا يؤمن تغيره وزواله، وأما المأمون كالرباع والعقار وما له من ذلك الغلة[7]، ....

=

ألزمه الكفيل بمجرد الدعوى فغير بين؛ لأنه قال: (إن كان يعرف بينهما خلطة في دين أو تهمة فيما ادعى قبله نظر السلطان في ذلك فإما أحلفه أو أخذ له كفيلا) فقد شرط - هنا - الخلطة والشبهة. وفي رواية: فإن كان بينهما مخالطة في دين أو تهمة وهو مثل قوله بعد، وأما في الدين فإن كانت بينهما خلطة، وإلا لم يعرض له السلطان فإنما أشار أولا إلى التهمة الموجبة للنظر في مسألة التعدي، وخلطها بالخلطة في الدين ثم فصل المسألة وجوابه فيهما سواء.اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2181، وما بعدها.

(1) قوله: (ليأتى) يقابله في (ش): (لما يأتى).

(2) في(ش) (ن): (حلف).

(3) في (ن): (و). والمثبت موافق لما في تهذيب البراذعي: 602/3

(4) قوله: (والعروض) ساقط من (ش).

(5) في (ن): (ولأن).

(6) قوله: (و) زيادة من (ن).

(7) عياض: ومسألة الغلة والإيقاف للرباع، وقوله: (فأما الرباع فلا توقف مثل ما يزول، ولكن توقف وقفاً يمنع من الإحداث فيها) في بعض الروايات أمر سحنون بطرحها، قاله ابن أبي زمنين.

ووقع في بعض الروايات زيادة: (قال غيره: إذا حلف المدعى عليه ليدفع به ما أثبت المدعى عليه، وقفت عليه الأشياء حتى يقضى بها أو لا يقضى بها)، وكان مخرجاً في كتاب ابن عتاب.

=

وإنما توقف[1] وقفاً يمنع فيه من الإحداث فيها.

قال غيره: وذلك إذا اتجه أمر الطالب، والغلة أبداً للذي هي بيده حتى يقضى بها للطالب، لأنها في ضمانه.

قال سحنون: إن كان مبتاعاً أو صارت إليه من مبتاع[2].

مالك: ومن ادعى أرضاً وتبين لدعواه وجه، والذي هي بيده يحفر فيها عيناً، فإنه يمنع وتوقف، وليس له أن يقول: دعوني أعمل، فإن ثبتت له هدمت ذلك.

ومن أقام بينة غير قاطعة في ربع[3]، فللذي هو بيده أن يبيع ويصنع ما شاء، ولا يبطل بذلك[4] دعوى هذا[5]، ....

=

وفي نسخ كثيرة: وقال غيره: إذا اتجه أمر الطالب وقفت وقفاً يمنع من الإحداث فيها.
ومعنى هذا الوقف: أن يقال للذي هي عنده، وفي يده: لا تحدث فيها حدثا من تفويت أو تغيير ولا تخرج من يده. قال ابن أبي زمنين: معنى اتجه أمره – هنا –: جاء بشاهد واحد أو شبهة بينة، وأمر ظاهر.
وقال بعض الشيوخ: وكلامه هذا معطوف على ما تقدم، إذا جاء بشاهد واحد، فأما لو أثبت الطالب حقه بشاهدين في الأصول فالحكم أن تخرج الأصول من يد المطلوب وتوقف بالعقل.
قال القاضي: وهذا ظاهر قول الغير، الذي ذكرناه أولاً، وقد حمل بعضهم كلامه على ظاهره، وأنها وإن ثبتت بشاهدين لا توقف بالعقل وإنما توقف وقفا يمنع الإحداث، وعلى ذلك يأتي قوله في الكتاب: (أن الغلة لمن هي في بيده حتى يقضى بها للطالب).
ومعنى قول الغير في الرواية الأخرى، نحو ما ذكرناه من توجه حقه بشاهد واحد أو شبهه فتوقف على الإحداث.
وقد اختلف فقهاء الأندلسيين في وقفها بالعقل، بشاهد واحد، فذهب ابن لبابة وغيره: أن ذلك لا يكون إلا بشاهدين، وتأولوه على قول ابن القاسم، وذهب عبد الله بن يحيى وأبو صالح في آخرين أنها تجب عقلتها بالعقل بالشاهد الواحد، وذكر – أيضاً – مثله عن ابن لبابة، وروي عن سحنون، وتأولوه على قول ابن القاسم في العتبية. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2186، وما بعدها.

(1) في (ش): (يوقف).

(2) انظر: المدونة: 9/58، 59.

(3) في (ش): (رفع).

(4) في (ن): (لذلك).

(5) قوله: (دعوى هذا) غير مقروء في (ن).

طرح هذا[1] سحنون، وقال: البيع حينئذ غرر[2].

ومن كتاب[3] الشهادات وكتاب الصناع: ومن اعترفت من يده[4] دابة، وقضي عليه؛ فله وضع قيمتها بيد عدل[5]، ويخرج بها إلى بلد البائع منه لتشهد[6] البينة على عينها، وكذلك في العروض[7] أو العبد والأمة، إلا أنه في الأمة إن كان أميناً دفعت إليه، وإلا فعليه أن يستأجر معها أميناً.

قال مالك: ولم أزل أسمع[8] أنه يطبع في أعناقهم، فإن رجع بذلك، وقد أصابه في الحيوان أو[9] الرقيق عور أو كسر[10] ....

---

(1) قوله: (هذا) ساقط من (ن).

(2) انظر: المدونة: 9/78.

عياض: وقوله في: (المدعى عليه في دار وأنشب الخصومة إلى قوله: لم أسمع من مالك فيه شيئاً.

ثم قال: إلا أن له أن يبيع ويصنع فيها ما شاء إلى آخر المسألة.

قال غيره: ليس له أن يبيع؛ لأن البيع خطر، وغرر).

طرح سحنون قول ابن القاسم: أن له أن يبيع إلى آخر كلامه.

قال ابن وضاح: ولم يقرأه سحنون، ولم يقرأه أحمد بن خالد، وطرح... - أيضاً - عند ابن باز. وقال فضل: أخبرنا يحيى عن سحنون أن ابن القاسم يقول: كقول غيره.

قال سحنون: ومعنى الغرر - هنا - أن المشتري لا يدري متى يقبضها، ومتى تنقطع الخصومة فيها.

قال القاضي: ولأنه لا يدري هل ثبتت لبائعها أو يقضي عليه فيها، وقال بعض شيوخنا: إنما يجيزه ابن القاسم إذا لم تكن الخصومة قائمة بينهما، وإنما هي على مجرد الدعوى، ومجرد الدعوى غير مانعة لأصحاب الأملاك من التصرف في أملاكهم، وليس بغرر في البيع ولو كانت شبهة قوية للخصومة أو الخصومة قائمة لكان البيع غرراً.اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2198 و2199.

(3) قوله: (كتاب) زيادة من (ف2).

(4) قوله: (من يده) يقابله في (ن): (بيده).

(5) في (ن): (عادل).

(6) في (ن): (ليشهد).

(7) في (ش): (العرض).

(8) قوله: (أسمع) غير مقروء في (ن).

(9) في (ش): (و).

(10) قوله: (كسر) غير مقروء في (ن).

أو عجف[1]؛ فهو لها ضامن، ولا يضمن إن نقص سوق ذلك كله، وله رده وأخذ القيمة التي وضع[2].

ومن الشهادات: ومن ادعى بيد[3] رجل عبداً أو حيواناً أو عرضاً، وذلك كله غائب وأتى[4] ببينة فإن وصفت ذلك كله[5] وحلته وعرفته؛ سمعت البينة وقضيت له به[6].

قال ابن كنانة: إنما يشهد على الشيء الغائب إن[7] لم يكن بيد أحد، وأما إن كان[8] بيد أحد فلا يشهد إلا على عينه، ومن أقام بينة على عبد قد مات بيد رجل؛ فلا شيء له عليه، إلا أن يقيم بينة أنه غاصب.

وإذا شهدت بينة على أعيان دنانير في تركة ميت أنه غصبها من فلان؛ جاز ذلك إذا أثبتوها، وهذه في كتاب الغصب[9].

ومن قضي له بمورث أو غيره لم يؤخذ منه كفيل بما يقبض، وذلك جور ممن فعله.

ومن أقام بدين شاهدين[10] -قال في كتاب الآبق: بحق[11] شهيدين- فلا يمين عليه إلا أن يدعي المديان أنه قضاه فإنه يحلفه، فإن نكل حلف المطلوب وبرئ، فإن نكل غرم[12].

---

(1) في (ن): (عجفت).

(2) انظر: المدونة: 8/507، 508.

(3) في (ش): (بيده).

(4) في (ن): (فأتى).

(5) قوله: (كله) ساقط من (ش).

(6) انظر: المدونة: 9/55.

(7) في (ن): (أو).

(8) قوله: (وأما إن كان) يقابله في (ش): (فإما كان).

(9) انظر: المدونة: 9/352.

(10) في (ش): (شهيدين).

(11) في (ن): (لحق).

(12) انظر: المدونة: 10/417.

ولو كان المطلوب ميتاً -يريد[1] أو غائباً- أحلف[2] الطالب أنه ما قبض ذلك منه، ولا أسقطه[3] عنه.

قال[4]: وإن[5] [(ش: 46/أ)] كان ما ادعاه[6] عيناً[7] قائمة، من رقيق أو حيوان أو طعام أو[8] عرض أو ناض بيد رجل، وأتى ببينة على ملكه لذلك، فمن تمام شهادتهم أن يقولوا: ولا[9] علمناه باع ولا وهب ولا خرج من ملكه، ثم لا يقضى له به حتى يحلف على البت، أنه ما باع ولا وهب ولا خرج من ملكه بوجه من الوجوه[10].

قال في كتاب القطع: إلا أن يقيم[11] البينة[12] أن هذا سرقه ذلك أو غصبه إياه، فإنه يقضى له به ولا يمين عليه.

ومن كتاب اللقطة، قال مالك: ومن أقام بحق شاهدين[13]؛ لم يحلف[14].

يريد: كدين شهد له[15] به على من ليس بغائب ولا ميت.

(1) قوله: (يريد) ساقط من (ف2).
(2) في (ف2): (أحلفت).
(3) في (ش): (سقط).
(4) قوله: (قال) ساقط من (ف2).
(5) في (ش): (ولو).
(6) في (ش): (ادعى).
(7) في (ف2): (عينه)، والمثبت موافق لما في تهذيب البراذعي: 3/612.
(8) في (ش) و(ن): (من)، والمثبت موافق الما في تهذيب البراذعي: 3/612.
(9) في (ن): (وما).
(10) انظر: المدونة: 9/79.
(11) في (ن): (تقوم).
(12) في (ف2): (بينة).
(13) في(ش)، (ن): (شهيدين).
(14) انظر: المدونة: 10/417.
(15) قوله: (له) ساقط من (ش).

ومن كتاب[1] العارية: فإن[2] شهدوا أن هذه[3] الدابة له، ولم يقولوا: لا نعلمه باع ولا وهب ولا تصدق[4]؛ فإنه يحلف ما باع ولا وهب ولا تصدق[5] ويقضى له[6] بها[7].

وقال أشهب مثله[8]: إن لم يقدر على الشهود يسألوا وإن وجدوا يسألوا[9]، فإن أبوا أن يقولوا: ما علموه[10]، باع ولا وهب ولا تصدق[11][12] فشهادتهم باطل[13][14].

---

(1) قوله: (كتاب) ساقط من (ن).
(2) في (ن): (وإن).
(3) قوله: (هذه) زيادة من (ف2).
(4) قوله: (ولا تصدق) ساقط من (ن).
(5) قوله: (فإنه يحلف... ولا تصدق) ساقط من (ش).
(6) انظر: المدونة: 10/400 و401.
(7) قوله: (بها) زيادة من (ف2).
(8) في (ف2): (هذا).
(9) في (ف2): (سئلوا).
(10) في (ف2): (علمناه).
(11) قوله: (ويقضى له... ولا تصدق) ساقط من (ن).
(12) قوله: (ولا تصدق) ساقط من (ف2).
(13) انظر: النوادر والزيادات: 8/372.
(14) عياض: قال بعضهم: انظر أطلق عليها أنها باطل، وغموس ثم جعله يحلف معها، فلم يبطلها، فتأول بعضهم أنها عند مالك مع قوله هذا ماضية يحكم بها مع يمين المشهود عليه كما يحكم بالشهادة مع العلم، وإليه نحا ابن لبابة.
قال ابن أبي زمنين: وهو تأويل بعيد. وذهب بعضهم إلى أن في المسألة تقديماً، وتأخيراً، وأن قوله وأرى أن يحلفه الإمام إنما يرجع إلى المسألة الأولى في الشهادة الصحيحة التامة أنه لا يعلمه باع ولا وهب، وإلى هذا نحا ابن أبي زمنين.وقال بعضهم: ينبغي للقاضي ألا يرد شهادتهم حتى يسألهم، أيشهدون على البت أو على العلم، فإن أبتوها سقطت وإن ماتوا قبل كشفهم حكم بها، وقال بعضهم: إنما نووا بها شهادة أهل العلم فما يلزم في ذلك وأما الجهال فيعذرون بذلك، ولا يكونون شهداء زور ونحوه لأبي محمد، وأبي عمران ولا يختلف أن هؤلاء لا يلزمهم ما يلزم شهود الزور من العقاب.اهـ.انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2199، 2200.

ولو شهدت البينة[1] أنه ما باع ولا وهب؛ كانت شهادة غموس وزور، ولو لم يقم له بدعواه إلا شاهد واحد لحلف معه، وقضي له، يريد: يحلف أنه له كما قال شاهده، ويقول: إني[2] ما بعت ولا وهبت، ولا خرج من ملكي بوجه من الوجوه، وليس العارية والوديعة إن أقر بها خروجاً[3] من ملكه، وإن بعت من رجل ثوباً وانتقدت ممن[4] طلبت منه الثمن فجحدك الثمن، فأردت يمينه أنه ما اشترى منك ثوباً بكذا، وقال هو: بل احلف أنه[5] لا حق لك علي.

فقال[6] مالك: فلك أن تحلفه ما اشترى منك، وهذا يريد أن يورك[7].

قال ابن الماجشون: يبرأ بيمينه أن ما لك علي شيء من دعواك.

وإذا حلف المطلوب لوكيلك على القبض، أو لشريكك المفاوض؛ فليس لك أن تحلفه، وليس له أن يقول[8] للمفاوض: لا[9] أحلف إلا على[10] حصتك، لأن فعل أحدهما كفعلهما[11].

ومن بيده عبد يدعيه، فقال العبد: أنا لفلان؛ فهو لحائزه دون فلان، وكذلك إن أقر العبد في ثوب بيده أنه لفلان؛ فهو لرب العبد إن ادعاه، لأن حوز العبد[12] كحوزه،

---

(1) في (ن): (بينة).

(2) في (ن): (وإني).

(3) في (ش): (خروج).

(4) في (ش): (ثم).

(5) قوله: (أنه) ساقط من (ش).

(6) في (ن): (قال).

(7) انظر: المدونة: 9/ 81. وفي المدونة بعدها: قلت له: ما معنى قول مالك يريد أن يورك؟ قال: الإلغاز فيما نوى.

(8) في (ش): (يفاوض).

(9) في (ن): (ولا).

(10) قوله: (على) ساقط من (ش).

(11) انظر: المدونة: 9/ 81، 82.

(12) في (ن): (عبده).

إلا أن يقيم فلان بينة[1].

قال في كتاب القطع: ويحلف السيد[2].

قال محمد: أي ما نعلم[3] لك فيه حقاً، وقاله[4] أشهب.

وإن ادعيت رقبة رجل[5] وأتيت[6] بشاهد حلفت؛ وقضي لك برقه[7].

قال[8] سحنون: إلا أن يكون معروفاً بالحرية.

ابن القاسم: وكذلك من أعتق عبده[9]، ثم قضي على السيد بدين تقدم العتق بشاهد ويمين؛ فذلك يرد به العتق[10].

وذكر مالك في موطئه هذا، قال[11]: وكذلك إن ادعى على السيد ديناً قديماً وبينهما خلطة فحلفه فنكل؛ أن المدعي يحلف ويقضى له بالدين ويرد ذلك[12] عتق العبد[13].

---

(1) انظر: المدونة: 350/5.

(2) انظر: المدونة: 155/11.

(3) قوله: (أي ما نعلم) يقابله في (ن): (إني ما أعلم).

(4) في (ن): (وقاله)، وفي (ف2): (وكذلك قال).

(5) قوله: (رجل) غير مقروء في (ن).

(6) في (ن): (فأتيت).

(7) عياض: وقوله: (إذا ادعيت أن هذا الرجل عبدي فأردت أن أستحلفه) المسألة.
قالوا: هذا يدل أنه ليس في يد مالك، وأنه يدعي الحرية؛ إذ لو كان في يد مالك لم يكن له استحلافه إذا وجب ولا يكون له معه كلام، وإنما كان يكون الكلام مع مالكه. وقال سحنون: وقال غيره: إذا كان معروفاً بالحرية لم يجز، ذلك فيه ثابت لابن وضاح، ساقط لابن باز. وفي بعض النسخ: هذا إن لم يكن معروفا بالحرية. وعلى هذا اللفظ اختصرها أبو محمد، وقال: إذا جهل أمره ولم يعرف بحرية.
وفي بعض النسخ: هذا إذا كان معروفاً بالرق.اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2190.

(8) قوله: (قال) زيادة من (ف2).

(9) في (ف2): (عبداً).

(10) انظر: المدونة: 53/9.

(11) في (ن): (وقال).

(12) قوله: (إن ادعى... ويرد ذلك) ساقط من (ش).

(13) انظر: موطأ مالك: 722/2.

قال ابن مزين، قال ابن القاسم: لا يرد بالنكول عتاقة[1] العبد[2][3].

قال محمد بن عبد الله بن[4] عبد الحكم: لا يرد عتقه، لأن السيد لو أقر بعد العتق بدين لم يقبل منه، فكيف بالنكول وهي غلط.

[(ش: 46/ب)] ومن كتاب المديان: ومن قال لرجل: ادفع إلى فلان ألف درهم، قال: عني أو لم يقل ففعل، ثم ادعى الآمر أنها كانت ديناً لي على المأمور، وأنكر المأمور وقال بل أسلفته إياها، فالقول قول المأمور.

يريد مع يمينه[5].

جامع القول في[6] الأيمان
وعلى من تجب[7] والحكم[8] في النكول عنها[9]

قال الرسول عليه [الصلاة و] السلام: «**من اقتطع حق امرئ بيمينه حرم الله عليه الجنة**»[10].

---

(1) في (ش): (عتاقه).

(2) قوله: (العبد) ساقط من (ن).

(3) انظر: النوادر والزيادات: 8/392.

(4) قوله: (عبد الله بن) ساقط من (ن).

(5) قوله: (ومن كتاب المديان... مع يمينه) زيادة من (ش).

(6) زاد بعد في (ن) قوله: (كتاب).

(7) في (ش): (يجب).

(8) في (ف2): (الحكم).

(9) قوله: (في النكول عنها) ساقط من (ف2).

(10) أخرجه مسلم: 1/122، في باب وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة بالنار، من كتاب الإيمان، برقم: 137، ومالك: 2/727، في باب ما جاء في الحنث على منبر النبي ﷺ، من كتاب الأقضية، برقم: 1409.

بلفظ: عن أبي أمامة أن رسول الله ﷺ قال: من اقتطع حق امرئ مسلم بيمينه فقد أوجب الله له النار وحرم عليه الجنة فقال له رجل وإن كان شيئاً يسير يا رسول الله؟ قال: وإن قضيباً من أراك.

قال: «**من حلف على منبري بيمين[1] كاذبة فليتبوأ مقعده من النار**»[2][3].

وقال عليه [الصلاة و] السلام: «**اليمين على المدعى عليه**».

قال ابن القاسم: واليمين في الحقوق والقسامة، وكل شيء بالله الذي لا إله إلا هو، لا يزيد على هذا.

ومن[4] حلف في دعوى عليه أو مع شاهد له[5]، والحالف مسلم أو كتابي أو مجوسي، لا يزاد على الكتابي[6] الذي أنزل التوراة والإنجيل، ولا يحلفون إلا بالله، ويحلف الكافر حيث يعظم من كنيسته أو بيت ناره في حق أو لعان أو غيره[7].

قال ابن حبيب عن مالك وغيره[8]: إن الكافر يحلف بالله الذي لا إله إلا هو، ويحلف المسلم في القسامة واللعان، وفيما له بال من الحقوق -يريد: ربع دينار فأكثر، قاله مالك[9]- في جامع بلده في أعظم مواضعه[10]، وليس عليه توجيه[11] إلى[12] القبلة.

---

(1) قوله: (بيمين) يقابله في (ش): (في يمين).

(2) عياض: معناه فليتخذ؛ أي على معنى المثل، أي أنه قد استحق ذلك وجعل له.اهـ. انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2202.

(3) أخرجه مالك: 2/727، في باب ما جاء في الحنث على منبر النبي ﷺ، من كتاب الأقضية، برقم: 1408، بلفظ: «من حلف على منبري آثما تبوأ مقعده من النار».

وأحمد في مسنده: 3/375، برقم: 15066، بلفظ: أيما امرئ من الناس حلف عند منبري هذا على يمين كاذبة يستحق بها حق مسلم أدخله الله ﷻ النار وإن على سواك أخضر.

(4) قوله: (ومن) زيادة من (ف2).

(5) قوله: (شاهد له) يقابله في (ف2): (شهادة).

(6) في (ف2): (الكتابيين).

(7) انظر: المدونة: 8/486، 487.

(8) قوله: (عن مالك وغيره) يقابله في (ن): (وغيره عن مالك).

(9) قوله: (يريد: ربع دينار فأكثر، قاله مالك) في (ف2): (قال مالك: ربع دينار فأكثر).

(10) انظر: الأحكام لابن حبيب لوحة [4/أ]، والنوادر والزيادات: 8/153.

(11) في (ف2): (توجه).

(12) قوله: (إلى) ساقط من (ن).

وروى ابن الماجشون عن مالك: أنه يحلف قائماً مستقبلاً[1] القبلة[2].

ولا يعرف مالك اليمين عند المنبر، إلا منبر الرسول ﷺ في ربع دينار فأكثر[3].

قال مالك: ومن أبى أن يحلف عند المنبر[4] فهو كالناكل عن اليمين.

وأما القسامة: فإنه يجلب[5] فيها أهل عمل مكة إلى مسجدها، وأهل عمل المدينة أو بيت المقدس إلى مسجديهما، ولو[6] كانوا على[7] عشرة أيام[8].

قال: لم أوقف[9] مالكاً عليه ولا أشك أن أهل عمل[10] مكة يجلبون[11] إلى مسجدها حيث كانوا وكذلك المدينة وبيت القدس ولا يجلبون إلى سائر بلدان الآفاق إلا من مثل[12] عشرة أميال[13] ونحوها، وتخرج المرأة فيما له بال من الحقوق فتحلف في المسجد، والتي لا تخرج نهاراً، فلتخرج ليلاً وتحلف في اليسير في بيتها إن لم تكن ممن[14] تخرج، ويبعث[15] إليها من يحلفها، ويجزئه رجل واحد، وأم الولد مثل ذلك فيمن تخرج أو لا تخرج، والعبد ومن فيه بقية رقٍّ، كالحر في اليمين[16].

---

(1) في (ن): (مستقبل).

(2) انظر: النوادر والزيادات: 8/156.

(3) انظر: المدونة: 9/83.

(4) قوله: (إلا منبر الرسول... عند المنبر) ساقط من (ش).

(5) في (ش): (يحلف)، والمثبت موافق لما في المدونة.

(6) في (ف2): (قيل وإن).

(7) في (ش): (عن).

(8) انظر: المدونة: 8/488.

(9) في (ش): (أقف).

(10) قوله: (أهل عمل) يقابله في (ش): (عمل أهل).

(11) في (ش): (يحلفون).

(12) قوله: (مثل) ساقط من (ن).

(13) في (ش): (أيام).

(14) قوله: (ممن) زيادة من (ن).

(15) في (ش): (وبعث).

(16) انظر: المدونة: 8/487 و488.

ولا يحلف الصبيان فيما ادعي[1] عليهم، ولا مع شاهد إن قام لهم[2]، وإذا قام[3] شاهد لصبي بحق؛ أحلف المطلوب، فإن نكل غرم، وإن حلف، كان للصبي أن يحلف إذا بلغ مع ذلك الشاهد ويقضى له.

محمد: ويكتب له بذلك كتاباً إلى أن يبلغ[4][5].

قال في كتاب[6] الوصايا: وإن كان معه وارث كبير؛ حلف الآن، واستحق بقدر حقه[7].

وإذا قامت بينة لميت[8] بدين، فادعى المطلوب أنه قضاه، فله اليمين على من يظن به علم ذلك من بالغي ورثته على العلم، ولا يمين على من لا يظن به علم ذلك، ولا على صغير.

ومن نكل ممن لزمته اليمين منهم؛ سقطت حصته.

قال في كتاب[9] الأقضية: بعد يمين الذي عليه الحق[10].

ولا يمين على المدعى عليه في حد أو قذف أو طلاق أو عتاق، وإذا قام شاهد عدل للزوجة[11] بالطلاق أو للأمة بعتق[12] أو تدبير أو كتابة، أو شهد بذلك امرأتان، ممن [(ش: 47/أ)] يقبلان[13] في الحقوق للزوجة، أو للأمة مثل ألا يكونا من الأمهات

---

(1) في (ش) و(ن): (أعيا)، والمثبت موافق لما في المدونة: 8/489، وتهذيب البراذعي: 3/615.
(2) قوله: (لهم) ساقط من (ن).
(3) قوله: (وإذا قام) يقابله في (ن): (وإن أقام).
(4) قوله: (محمد: ويكتب له بذلك كتابا إلى أن يبلغ) ساقط من (ف2).
(5) انظر: النوادر والزيادات: 8/408.
(6) قوله: (كتاب) ساقط من (ن).
(7) انظر: المدونة: 9/29.
(8) في (ن): (الميت).
(9) قوله: (كتاب) ساقط من (ن).
(10) انظر: المدونة: 8/489.
(11) قوله: (للزوجة) يقابله في (ش): (على زوجة).
(12) في (ن): (بالعتق).
(13) في (ف2): (يقبل).

و[1] البنات والأخوات والجدات[2].

قال في كتاب العتق: أو العمات أو الخالات، قال: وهذا بخلاف غيره من الحقوق[3]، فإنه يحلف الزوج أو السيد، ويمنع الزوج منها حتى يحلف، فإن نكلا؛ سجنا حتى يحلفا، أو يطلق هذا و[4] يعتق هذا، فإن طال سجنهما دُيِّنَا وخليا، وأول قول مالك: أنهما إن نكلا قضي بالطلاق أو العتق، وبآخر قوله أقول[5].

وإذا ادعى رجل نكاح امرأة لم أحلفها[6]، ولم تكن[7] زوجة بالنكول، وكذلك إن جاء بشاهد، ثم لا تحبس، ولا يقضى عليها بعصمة إلا بشاهدين[8].

ومن ادعى على رجل أنه عبده؛ لم يحلفه، وإن جاء بشاهد؛ حلف معه واسترقه.

قال سحنون: هذا إن لم يعرف بالحرية[9].

قال في كتاب العتق: ولو تقدم فيه عتق لغيره نقضنا عتقه.

وإن ادعت أمة[10] أنها ولدت من سيدها[11]؛ لم أحلفه إن أنكر، فإن أقامت

(1) في (ن): (أو).

(2) انظر: المدونة: 9/52.

(3) انظر: المدونة: 5/359.

(4) في (ش): (أو).

(5) انظر: المدونة: 9/50.

(6) في (ش): (يحلفها).

(7) في (ن): (ولا تكون).

(8) في (ن): (بشهيدين)، وانظر المسألة في: المدونة: 9/52، 53.

(9) انظر: المدونة: 9/53.

(10) في (ش): (امرأة).

(11) عياض: ومسألة الأمة: (تدعي أنها ولدت من سيدها، فأقامت شاهداً واحداً على إقرار السيد بالوطء، وامرأتين قال: أرى أن يحلف السيد كما يحلف في العتاق).
سقطت هذه المسألة في بعض الروايات، ولم يذكرها أبو محمد بن أبي زيد، وأنكرها بعض الشيوخ.
وقال بعضهم: لا يحلف في هذا، وثبتت في كتاب ابن عتاب لابن وضاح - هنا - وثبتت لابن باز في كتاب العتق، ولابن أبي دليم في كتاب أمهات الأولاد، وأوقفها هناك سحنون.
وفي بعض النسخ أو امرأتين وبعدها (فإن أقامت شاهدين على إقرار السيد بالوطء وامرأة على

رجلين على إقراره بالوطء، وامرأتين على الولادة[1]؛ قضي لها، إلا أن يدعي السيد استبراء[2] بعد الوطء فيصدق، فإن[3] أقامت شاهدين على إقراره بالوطء، وامرأة على الولادة أو شاهداً[4] على إقراره بالوطء وامرأتين على الولادة؛ أحلفته لها إن أنكر[5].

= الولادة أنه يحلف)، وهذه رواية ابن وضاح، وكذا في كتاب ابن سهل. وفي بعض الروايات - هنا - شاهداً واحداً على الوطء. وكذا في كتاب ابن عتاب في كتاب أمهات الأولاد، شاهداً واحداً على الوطء وامرأة على الولادة أنه يحلف. وفي كتاب غيره شاهدين على الوطء، وفي هذا في شاهد واحد بالوطء وامرأة واحدة على الولادة قولان على اختلاف الروايات. واختصرها حمديس: إن أقامت شاهدا واحدا أو شاهدين على الوطء أو امرأة على الولادة. وقال بعض القرويين: لا يمين عليه، وتعليله في المسألة، وإيجابه اليمين عليه بقوله: لأنها لو أقامت امرأتين ثبتت الشهادة على الولادة يضعف رواية شاهد واحد على الوطء؛ إذ ظاهره إثبات أنها أم ولد.

وحمل ابن لبابة خلافه - هنا - وفي أمهات الأولاد على اختلاف من قولهم: أحدهما: أنه لا يحلف حتى يثبت أصل اعترافه بالوطء، وقال آخر: أنه يحلف فيه مع الشاهد الواحد. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2181، وما بعدها.

(1) في (ن): (الولا).

(2) عياض: وقوله: (إلا أن يدعي استبراء) يستفاد منه أحد القولين فيمن أقام بينة على براءته مما أنكره قبل أو بحجة تبرئه مما يقبل فيه قوله بعد إنكاره الأصل، كدعواه رد الوديعة بعد إنكارها، ومناكرته الزوجة في التمليك بعد إنكاره والقولان يخرجان من المدونة من هذا الموضع وغيره، وقاله بعض شيوخ الأندلسيين.

وقال غيره من القرويين: ليس هذا كما تقدم، ولا يقبل ادعاء الاستبراء بعد الإنكار.

ومعنى المسألة أنه لم ينكر الوطء جملة، وإنما أنكر وطئاً يكون منه هذا الولد، وهذا ضعيف؛ لأنه متى أنكر الوطء جملة جاءت المسألة المتقدمة. ولو فصله في أول إنكاره مثل أن يقول: وطئت ثم استبرأت، ولم أطأها بعد فقامت البينة على اعترافه بعد أنه وطئها ، فليست المسألة؛ لأن هذا يقول: هذا الوطء الذي استبرأت منه، ولو قالت البينة اعترف أنه وطئها بعد الاستبراء فهي المسألة - أيضاً - بعينها إن ادعى فيها استبراء، يعرفه ضعيف الوجه والفقه. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2185، وما بعدها.

(3) في (ش): (و).

(4) في (ن): (شاهد).

(5) انظر: المدونة: 9/52.

وأما شاهد على الوطء وامرأة على الولادة فلا يحلف، وفيها رواية أن يحلف[1].

وإن ادعت امرأة أن فلاناً استكرهها ومثله لا يشار إليه بمثل ذلك[2] حدت له وإن كان يشار إليه بذلك نظر في ذلك[3] الإمام[4]، وتمام هذا في الحدود.

ومن كتاب[5] الأقضية: ومن ادعى على رجل قصاصاً، أو أنه ضربه بسوط أو نحوه؛ لم يجب له عليه يمين، إلا أن يأتي بشاهد عدل[6]، فيُستحلف له[7].

ومن المستخرجة: قال أشهب عن مالك: إن أقام شاهداً أنه شتمه[8]؛ فلا يحلف مع الشاهد، ولكن إن كان الشاتم معروفاً بالسفه والفحش؛ عزر، قيل: فترى على الشاتم اليمين، قال: نعم عسى[9] به أن أراه[10].

وروى ابن القاسم: أنه يحلف[11] فإن أبى سجن أبداً حتى يحلف[12].

ومن كتاب[13] النذور: ومن لزمته يمين فلا بأس أن يفتدي منها بمال[14].

---

(1) قوله: (وأما شاهد... يحلف) زيادة من (ن)، وانظر المسألة في: التنبيهات المستنبطة، لعياض، ص: 2182.

(2) في (ش): (بذلك).

(3) في (ش): (هذا).

(4) انظر: المدونة: 9/ 344.

(5) قوله: (كتاب) ساقط من (ف2).

(6) قوله: (عدل) ساقط من (ف2).

(7) انظر: المدونة: 8/ 484.

(8) في (ن): (تشتمه).

(9) في (ن): (غلبني)، والمثبت موافق لنص العتبية والنوادر.

(10) انظر: البيان والتحصيل: 9/ 472، والنوادر والزيادات: 8/ 392.

(11) في (ن): (يحلف).

(12) انظر: البيان والتحصيل: 16/ 270.

(13) قوله: (كتاب) ساقط من (ن).

(14) انظر: المدونة: 3/ 182.

في القضاء باليمين مع الشاهد
وفي شهادة النساء وتزكيتهن وفي[1] شهادة الصبيان

و[2] ذكر الله سبحانه شهادة النساء في آية الدين فقال تعالى[3]: ﴿فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ﴾ [سورة البقرة آية: 282] فأجيزت في الأموال خاصة.

وقضى الرسول عليه [الصلاة و] السلام بالشاهد واليمين في الأموال[4]، وأجاز العلماء شهادة النساء وحدهن، فيما لا يطلع عليه غيرهن للضرورة، وعلى مثل ذلك أجيزت شهادة الصبيان في الجراح بينهم ضرورة.

قال سحنون: لا تجوز شهادة النساء[5] إلا فيما يجوز فيه شاهد ويمين[6].

قال ابن القاسم: فإن شهد رجل واحد على مال من عين أو عرض أو ربع، أو غيره من الأموال، أو امرأتان فقط، حلف الطالب واستحق، كان حراً أو عبداً أو ذمياً، فإن كان صبياً؛ فإنه يحلف إذا بلغ[7].

ومن كتاب الديات: ومن أقام شاهداً على مال، وأبى[8] أن يحلف معه ورد اليمين على [(ش: 47/ب)] المطلوب ثم بدا له أن يحلف فليس ذلك له، فإن[9] نكل المطلوب

---

(1) قوله: (في) ساقط من (ش).

(2) قوله: (و) ساقط من (ن).

(3) قوله: (تعالى) زيادة من (ف2).

(4) لفظ الحديث: عن عمرو بن دينار عن ابن عباس: أن النبي ﷺ قضى باليمين مع الشاهد قال عمرو إنما ذاك في الأموال.
أخرجه أحمد: 1/323، برقم: 2970، والشافعي في مسنده: 1/149، من كتاب اليمين مع الشاهد الواحد، برقم: 719، والبيهقي في السنن الكبرى: 10/167، في باب القضاء باليمين مع الشاهد، من كتاب الشهادات، برقم: 20422، من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.

(5) قوله: (وحدهن فيما لا... شهادة النساء) ساقط من (ن).

(6) انظر: المدونة: 9/19.

(7) انظر: المدونة: 9/28، 29.

(8) في (ف2): (فأبى).

(9) في (ف2): (وإن).

هٰهنا غرم ولا ترد[1] اليمين على الطالب الذي أقام شاهداً[2] ونكل عن اليمين[3].

ومن الشهادات: ومن[4] أقام شاهداً على كفالة بمال؛ حلف وقضي له بها[5].

قال[6] في كتاب الحمالة: ومن وكل عبده بقضاء دينه، فأقام العبد شاهداً أنه قضاه؛ حلف العبد معه، وبرئ السيد بغير يمين[7].

ولا يجوز شاهد ويمين ولا شهادة النساء في دم عمد ولا في العفو عنه، ولا في إقامة حد، ولا في النكاح ولا في[8] الطلاق والعتاق والولاء والنسب والقذف والسرقة[9].

يريد: وجوب القطع لا ضمان السرقة.

قال في كتاب[10] الأقضية: ولا في الهلال في صوم أو فطر أو حج، شهد[11] النساء في ذلك وحدهن، أو مع رجل، على علمهن أو نقلن عن غيرهن[12].

ومن أعتق عبده، ثم قضي عليه بشاهد ويمين بدين قبل العتق يغترق ماله يومئذ، فليرد العتق، وهذا حكم بمال أوجب رد عتق.

ومن أقام شاهداً أن فلاناً قتل عبده؛ حلف واستحق قيمته، وإن أنافت[13] على

---

(1) في (ن): (ولا يرد له).

(2) قوله: (أقام شاهداً) يقابله في (ش): (قام شاهد).

(3) انظر: المدونة: 11/345.

(4) في (ش): (وإن).

(5) انظر: المدونة: 9/43.

(6) زاد بعده في (ف2): قوله: (محمد قال:).

(7) انظر: المدونة: 9/215.

(8) قوله: (لا في) زيادة من (ن).

(9) انظر: المدونة: 9/21.

(10) قوله: (كتاب) ساقط من (ن).

(11) في (ف2): (شهدن).

(12) انظر: المدونة: 8/495.

(13) في (ن): (نافت). أنافت الدراهم على المائة؛ أي: زادت. انظر: الصحاح، للجوهري: 4/1437.

الدية، وإن قام لميت[1] شاهد بدين؛ حلف وارثوه، وقضي لهم، ومن نكل؛ سقطت حصته بعد رد[2] اليمين.

ومن حلف قضي له بقدر حصته، وأما الأصاغر فإذا بلغوا حلفوا إلا أني أحلف لهم الغريم الآن، فإن نكل غرم لهم.

محمد: قال مالك: و[3] إن قام للميت شاهد بحق وعليه دين، فإن ترك وفاء غيره؛ حلف الورثة، وإن لم يدع غيره وفيه فضل؛ حلف الورثة، فإن أبوا حلف الغرماء واستحقوا قدر دينهم، ولا يأخذ الورثة ما بقي إلا بيمين[4]، وإن كان كفاف الدين حلف الغرماء، ولا ينفع يمين الورثة.

قال محمد: فإن[5] طرأ للميت مال كفاف الدين؛لم يكن للغرماء ولا للورثة أخذ المال الذي ثبت بالشاهد إلا[6] بيمين الورثة، إذ في تركة الميت غيره كفافاً للدين[7].

قال ابن القاسم: فيمن مات وعليه دين ومهر، فأقام الغرماء شاهداً بسقوط المهر وتركته كفاف دينهم[8] فليحلفوا و[9] يأخذوا ما ترك، ثم إن طرأ للميت مال آخر فليحلف الورثة ويزول عنهم المهر ويرثون الطارئ مع الزوجة[10].

قال ابن وهب عن مالك[11]: وإذا قام شاهد للميت بدين وعليه دين فلم[12]

---

(1) في (ن): (الميت).

(2) قوله: (رد) زيادة من (ن).

(3) قوله: (و) ساقط من (ن).

(4) قوله: (إلا بيمين) يقابله في (ش): (بلا يمين).

(5) في (ن): (وإن).

(6) قوله: (بالشاهد إلا) يقابله في (ن): (بالشهادة).

(7) قوله: (كفافا للدين) يقابله في (ن): (كفاف الدين). وانظر المسألة في: النوادر والزيادات: 8/413، وما بعده.

(8) في (ن): (بدينهم).

(9) في(ش) (ن): (أو).

(10) انظر: النوادر والزيادات: 8/415.

(11) قوله: (عن مالك) ساقط من (ن).

(12) في (ن): (ولم).

يحلف الورثة[1] حلف الغرماء وأخذوا دينهم، فإن كان فيه فضل لم يأخذوه إلا بيمين.

قال محمد: وإن لم يكن فيه فضل، وقد حلف الغرماء، ثم تركوا دينهم للميت؛ لم يكن للورثة إلا بيمين، إلا أن يخصوا الورثة بهبته[2].

قال محمد: قال مالك: و[3] من أتى بشاهد[4] أنه وارث فلان لا يُعلم له وارث غيره؛ لم يعجل حتى يُوئِس أن يأتي غيره[5] بأثبت منه، فإن لم يأتِ أحد حلف مع شاهده، وقضي له بالمال لا بالنسب ولا بالولاء إن كان، وأباه أشهب، وقال: هذا إن[6] ثبت نسبه من الميت قبل ذلك، فشهد له شاهد أنه لا يعلم له وارثاً غيره، فليحلف ويستحق المال، فأما على نسب يأخذ به المال؛ فلا[7].

ومن المدونة: وإن شهد رجل وامرأتان على سرقة استحق المال ولم يقطع ولو شهد له رجل فقط أو امرأتان فقط؛ حلف الطالب وضمن له السارق ولم يقطع، لأن مالكاً قال: من أقام شاهداً [(ش: 48/أ)] على[8] أن عبد فلان قتل عبده عمداً أو خطأ فإنه يحلف معه يميناً واحدة، ويستحق العبد ولا يقتله، وإن كان عمداً[9].

محمد: ولسيده أن يَفديه بقيمة المقتول[10].

مالك: وكل جرح فيه قصاص[11]؛ فإنه يقتص فيه بشاهد ويمين، قاله عمر بن عبد العزيز.

---

(1) زاد بعد من (ش) قوله: (أ).

(2) زاد بعد في (ن): (بتاتاً). وانظر المسألة في: النوادر والزيادات: 8/414.

(3) قوله: (و) ساقط من (ن).

(4) زاد بعد من (ش) قوله: (و).

(5) قوله: (غيره) ساقط من (ن).

(6) قوله: (هذا إن) يقابله في (ن): (هؤلاء إذا)، وفي (ف2): (هذا إذا).

(7) انظر: النوادر والزيادات: 8/396، 397.

(8) قوله: (على) زيادة من (ن).

(9) انظر: المدونة: 9/29، 30.

(10) انظر: النوادر والزيادات: 8/164، 401.

(11) في (ف2): (القصاص).

قال غير[1] ابن القاسم: وتقتل[2] النفس بشاهد مع قسامة، وكذلك قصاص الجراح مع يمين واحدة[3]، إذ لا قسامة إلا في نفس[4].

قال ابن الماجشون: وذلك فيما صغر من الجراح كالموضحة، وما هو مأمون، وأما فقء[5] عين وقطع يد وما عظم مما يتقي فيه تلف النفس؛ فلا يقضى فيه بشاهد ويمين[6]، هذا قول مالك وأصحابنا.

قال ابن القاسم: فإن نكل الذي أقام شاهداً في الجراح عن اليمين؛ أحلف[7] المطلوب، فإن[8] نكل سجن[9].

قال في كتاب الديات: وتجوز شهادة النساء في جراح الخطأ وقتل الخطأ، لأن ذلك مال، وإن شهدن مع رجل على منقلة عمداً أو مأمومة عمداً؛ جازت شهادتهن، لأن العمد فيهما والخطأ إنما هو مال[10].

قال محمد: لا قصاص بين العبيد في الجراح بشاهد ويمين، ولا في القتل[11].

وقال مالك وأصحابه: يقتص في جراح الأحرار بالشاهد واليمين[12].

ومن[13] الشهادات: وما لا تجوز فيه شهادة النساء، فلا يجوز أن يشهدن فيه على

---

(1) قوله: (غير) ساقط من (ش).

(2) في (ش): (ويقتل).

(3) قوله: (له واحدة) يقابله في (ن): (واحد).

(4) انظر: المدونة: 9/30.

(5) في (ن): (ففو).

(6) انظر: النوادر والزيادات: 8/395.

(7) في (ش): (أحلفت).

(8) في (ف2): (وإن).

(9) انظر: المدونة: 8/484.

(10) انظر: المدونة: 11/343.

(11) انظر: النوادر والزيادات: 8/401.

(12) انظر: النوادر والزيادات: 14/212.

(13) في (ش): (من).

شهادة غيرهن، كان معهن رجل أم لا[1]، وتجوز شهادتهن في الأموال أو في الوكالة عليها مع رجل[2].

قال في كتاب الشفعة: وتجوز في الوكالة على أخذ الشفعة، أو تسليمها أو على أنه شفيع، لأن ذلك مال، فكل ما جازت فيه شهادتهن، جاز أن يشهدن على الوكالة فيه[3].

وهن[4] وإن[5] كثرن كرجل واحد ولا[6] ينقلن شهادة إلا مع رجل نقلن عن رجل أو عن امرأة، وهن كناقل واحد؛ فلا يحلف الطالب في ذلك مع نقلهن وقاله أشهب.

قال غيره: لا تجوز شهادتهن في وكالة على مال، ولا نقل عن شاهد[7].

قال ابن القاسم: وتجوز[8] في قتل الخطأ، لأنه مال.

قال ربيعة وسحنون: إنما أجزن[9] في قتل الخطأ والاستهلال ضرورة لفواتهما، فأما الجسد فهو يبقى، فإن شهد رجلان على رؤية جسد القتيل و[10] الجنين، وإلا لم تجز شهادتهن[11].

قال ابن القاسم: وما لا يحضره غيرهن من أمر النساء، كالاستهلال و[12] الولادة

---

(1) قوله: (أم لا) يقابله في (ف2): (أو لم يكن).

(2) انظر: المدونة: 9/19 و 20.

(3) انظر: المدونة: 9/485.

(4) في (ش): (وهى).

(5) في (ف2): (فإن).

(6) في (ش): (فلا).

(7) انظر: النوادر والزيادات: 8/399، 400.

(8) في (ش): (ويجوز).

(9) في (ش) و(ن): (أجزت).

(10) في (ش) و(ن): (أو)، والمثبت موافق لما في تهذيب البراذعي: 3/588.

(11) انظر: المدونة: 9/20، 21.

(12) في (ش) و(ن): (أو).

والرضاع وعيوب الفرج ومعرفة حيض وحس حمل ونحوه، يقضي بامرأتين فيه، ولا تجوز امرأة واحدة في هذا[1] ولا في غيره، ولا يمين في ذلك كله معهن[2].

ولا تجوز شهادتهن وحدهن، أو مع رجل أن فلاناً وصى، إن كان في الوصية عتق وأبضاع[3] نساء[4].

قال غيره: لا تجوز[5] في الوصية بحال[6]، لأن ذلك ليس بمال[7].

قال سحنون: الوصايا والوكالة ليستا بمال، إذ لا يحلف وصيٌّ أو وكيل مع شاهد رب المال، إذ المال لغيرهما[8].

قال ابن القاسم: وإن شهدن أن فلاناً أوصى لفلان بكذا وكذا[9]؛ جازت مع يمينه[10].

قال محمد: إن شهدن في وصية [(ش: 48/ب)] جازت مع يمين الموصى له، ما لم

---

(1) في(ش) و(ن): (هذه).

(2) انظر: المدونة: 9/14، 15.

(3) في (ف2): (أو أبضاع) والمثبت موافق لما في تهذيب البراذعي: 3/391.

(4) عياض: ومعنى أبضاع النساء: كناية عن الفروج والبضع بالضم: الفرج يريد الإيصاء على إنكاحهن. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2166، 2167.

(5) في (ن): (لا يجوز)، وفي (ف2): (لا يجوزن).

(6) عياض: ظاهره لم تجز في الجميع وعليها حملها شيوخنا واختصروها، وهو مثل قول أَشْهَب في رواية البرقي في الشاهد الواحد في وصية فيها عتق، ووصايا وهذا خلاف أصله في الشهادة، إذا ردت للسنة لا للتهمة أنها تجوز فيما لا ترد فيه، كمسألة (شهادتهن مع رجل على السرقة أنه يضمن المال، ولا يقطع)، وكذلك قال في الذي (يشهد على وصية رجل، وفيها عتق ووصايا لقوم أنها تجوز للقوم ولا تجوز في العتق)، وأصله جوازها عنده في الإيصاء والوصية بالمال، وما هٰهنا خلاف له، وعلى هذا حمله بعض شيوخنا.اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2166.

(7) انظر: المدونة: 10/150.

(8) انظر: المدونة: 9/27.

(9) قوله: (وكذا) ساقط من (ف2).

(10) انظر: المدونة: 10/150.

يكن فيها عتق، وقيل: وإن[1] كان فيها عتق؛ جازت في المال مع رجل أو مع يمين المطلوب[2] ويسقط العتق، وإنما الذي إذا سقطت في بعضها، سقطت كلها ما كان فيها تهمة، مثل أن يشهد فيها لنفسه أو لمن يتهم عليه.

ومن كتاب الوصايا: وإن شهدن مع رجل على موت ميت، فإن لم يكن له[3] زوجة ولا أوصى بعتق عبيده[4] ونحوه[5].

محمد[6]: ولا له مدبر وليس إلا قسمة المال؛ فشهادتهن جائزة.

قال غيره: لا تجوز[7] قاله سحنون[8].

وقال ابن القاسم في كتاب الشهادات: وتجوز شهادتهن في المواريث، إذا ثبت النسب بغيرهن[9].

ومن كتاب محمد: ولا تجوز شهادتهن مع رجل على موت رجل، إذا لم تكن زوجة ولا تدبير ولا وصية بعتق[10][11].

ولا تجوز في تجريح ولا تزكية للرجال أو النساء[12] لا فيما يشهدن فيه، ولا في غيره.

وروي أن علي بن أبي طالب رضي الله عنه وعروة وعبد الله ولدي الزبير وغيرهم أجازوا

---

(1) في (ن): (فإن).

(2) في (ن): (الطالب).

(3) قوله: (فإن لم يكن له) يقابله في (ن): (وإن لم تكن).

(4) في (ش): (عبيده).

(5) انظر: المدونة: 10/151.

(6) قوله: (محمد) ساقط من (ن).

(7) قوله: (و) زيادة من (ش).

(8) انظر: المدونة: 9/27.

(9) انظر: المدونة: 9/21.

(10) قوله: (ولا تجوز شهادتهن... ولا وصية بعتق) ساقط من (ن).

(11) انظر: النوادر والزيادات: 8/396.

(12) في (ن): (للنساء).

شهادة الصبيان بينهم في الجراح، ما لم يفترقوا[1] أو يخببوا[2] أو يختلفوا[3].

محمد: أو يدخل بينهم رجل وليؤخذ[4] بأول قولهم، قال: وذلك في القتل والجراح، ولا تجوز إلا شهادة اثنين منهم فأكثر على صغير لا على[5] كبير، ولا تجوز شهادة واحد منهم[6] على أن صبياً جرح صبياً، ولا شهادة الإناث منهم، وإن كثرن[7]، ولا تجوز شهادة الصبيان[8] في الجراح لكبير على صغير أو كبير[9].

و[10] قال في كتاب[11] الديات: ولا على أن صغيراً قتل كبيراً أو جرحه[12].

قال محمد: إن شهدوا لكبير أنه جرح لم يجز، لأنه كرجل دخل بينهم فهو يخببهم[13].

وإن شهدوا أن صبياناً قتلوه جازت، لأنه ميت لا يتهم.

ولا قسامة مع شهادة الصبيان، ولو شهد كبير أن كبيراً قتل صغيراً؛ أقسم[14] ولاته.

وقال أشهب وغيره: لا تجوز شهادة الصبيان في القتل، والمغيرة يجيزهم في القتل

---

(1) في (ش): (يقترفوا).

(2) خبَّب غلامي فلانٌ، أي: خدعه. الصحاح، للجوهري: 117/1.

(3) قوله: (أو يختلفوا) ساقط من (ن).

(4) في (ش): (وليؤاخذوا).

(5) قوله: (لا على) يقابله في (ن): (ولا).

(6) قوله: (منهم) زيادة من (ف2).

(7) في (ن): (كثروا).

(8) في (ش): (النساء)، والمثبت موافق لما في المدونة.

(9) انظر: المدونة: 24/9، 25.

(10) قوله: (و) زيادة من (ن).

(11) قوله: (كتاب) ساقط من (ن).

(12) انظر: المدونة: 368/11، 369.

(13) انظر: النوادر والزيادات: 211/14.

(14) في (ن): (قسم).

والجراح ويجيز شهادة إناثهم[1].

ابن القاسم: وإن قامت بينة على قول صبي: إن فلاناً الصبي قتله لم يقسم بذلك، وإن اعترف القاتل.

و[2] قال ابن نافع وغيره: إن أشهد[3] صبيان أنه جرحه فنزى في جرحه[4]، فمات؛ أقسم ولاته واستحقوا الدية[5].

ويجزئ القاضي أن يبعث في استحلاف امرأة أو[6] في الكشف عن البينة رجلاً واحداً، فأما في قيم السلع والعيوب وقيمة السرقة ونحوه فرجلين.

وفي باب شهادة السماع شيء من ذكر القضاء باليمين مع الشاهد.

جامع القول في التزكية والتجريح ومن لا تجوز شهادته من قريب أو ظنين[7] أو متهم أو غيرهم[8]

قال الله سبحانه: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنكُمْ﴾ [سورة الطلاق آية: 2] فكان ظاهر الخطاب للأحرار، كقوله: ﴿وَأَنكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾

---

(1) في (ش): (آبائهم)، والمثبت موافق لما في النوادر، انظر: النوادر والزيادات: 8/426، 427.

(2) قوله: (و) زيادة من (ن).

(3) في (ن): (شهد).

(4) عياض: ونزي في جرحه - بضم النون، وكسر الزاي، وتخفيفها - ومعناه: سال دمه، ولم يقدر على قطعه. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبة، ص: 2163.

(5) انظر: المدونة: 9/23، وما بعدها.

(6) في (ن): (و).

(7) عياض: والظنين بالظاء المعجمة، المتهم. وكذلك المغموص عليه - أيضاً، بصاد مهملة - بمعناه وهو المطعون فيه بجرحة، وانظر كلام ربيعة فيمن ترد شهادته. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2203.

(8) في (ف2): (غيره).

[سورة النور آية: 32].

والعبد يمنعه سيده أن يشهد أو يؤدي[1] فكان ممن لم تكتمل[2][3] فيه شرائط الشهداء الذين لا يأبون[4] إذا ما دعوا.

وقال سبحانه: ﴿مِمَّن تَرۡضَوۡنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾ [سورة البقرة آية: 282] وقال[5] الرسول عليه [الصلاة و] السلام: «**لا تجوز شهادة خصم، ولا ظنين، ولا جار إلى نفسه**[6]»[7].

قال [(ش: 49/أ)] ابن القاسم: فينبغي[8] للقاضي أن لا يقضي ببينة، حتى يزكوا عنده، وإن لم يطعن فيهم الخصم، وإن كان[9] علمهم القاضي بجرحة أو عدالة؛ أجزأه علمه، وإن[10] لم يَخْبَرهم؛ كشف عنهم في السر وإن زكوا[11] عنده في العلانية أجزأه، وإن زكاهم عدول في سر أو علانية؛ فذلك يجزئه، ولا يقبل في سر أو علانية إلا بتزكية[12] عدلين، و[13] لا أبالي فيما كانت الشهادة في حق أو حد، ولا

(1) قوله: (أو يؤدي) ساقط من (ش).
(2) في (ف2): (تكمل).
(3) قوله: (ممن لم تكتمل) يقابله في (ش): (مما لم يكمل).
(4) في (ف2): (يأبوا).
(5) قوله: (و) ساقط من (ن).
(6) قوله: (إلى نفسه) يقابله في (ف2): (لنفسه).
(7) لم أجده بهذا اللفظ. وبلفظ: عن أبي هريرة قال: بعث رسول الله ﷺ منادياً في السوق: أنه لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين قيل: وما الظنين؟ قال: المتهم في دينه.
أخرجه عبد الرزاق في مصنفه: 8/320، في باب لا يقبل متهم ولا جار إلى نفسه ولا ظنين، من كتاب الشهادات، برقم: 15365.
(8) في (ن): (ينبغي).
(9) قوله: (كان) ساقط من (ن).
(10) في (ن): (فإن).
(11) في (ف2): (كانوا).
(12) في (ن): (تزكية).
(13) قوله: (و) ساقط من (ش).

يجزئ[1] في التعديل إلا القول أنهم عدول مرضيون، وتجوز تزكية الشاهد وهو غائب[2].

قال سحنون: إن كان مشهوراً بالبلد[3].

وإن ارتضى القاضي رجلاً للكشف؛ جاز أن يقبل منه ما نقل إليه من التزكية عن رجلين، لا عن أقل من ذلك[4].

وإذا[5] زكيت البينة، والمطلوب يجهل وجه التجريح من جهلة الرجال، أو من ضعفة النساء؛ فليخبره[6] القاضي بما له من ذلك ويبيحه له، ولعل عنده منهم عداوة أو ظنة أو شركة[7]، وإن كان مثله لا يجهل التجريح لم يدعه إليه وليس[8] كرد اليمين، لأن الحكم[9] لا يتم إلا بردها[10].

ومن كتاب الشهادات و[11] كتاب القطع: وإذا أقام عليهم ببينة[12]، أنهم شربة خمر أو أكلة ربا أو معروفون بالكذب في غير شيء، أو أصحاب قيان أو مجان يلعبون بالنرد والشطرنج؛ فذلك يسقطهم وغيره مما يشبهه[13]، وكذلك اللاعب بالحمام، إذا

---

(1) في (ن): (يجوز).

(2) انظر: المدونة: 9/89.

(3) انظر: النوادر والزيادات: 8/115.

(4) انظر: النوادر والزيادات: 8/273.

(5) في (ف2): (فإذا).

(6) في (ش): (فليخبر).

(7) في المدونة (زايد) و(صادر)، و(تهذيب البراذعي): (شوكة)، وفي العلمية: (شركة).

(8) قوله: (وليس) ساقط من (ش).

(9) قوله: (لأن الحكم) ساقط من (ن).

(10) انظر: المدونة (زايد): 11/140، 141، و(صادر): 6/284، و(العلمية): 4/540، وتهذيب البراذعي: 4/445.

(11) في (ش): (من).

(12) في (ف2): (بينة).

(13) انظر: المدونة: 9/7، 8.

كان يقامر بها[1]، والذي يعصر الخمر ويبيعها؛ مستجرح وإن لم يشربها[2].

قال مالك[3] في المستخرجة: أو يكري بيته من الخمارين[4].

قال مالك في كتاب الشهادات في لاعب الشطرنج: إن لم يكن مدمناً[5] وهو عدل؛ فشهادته جائزة وكره اللعب بها، وإن قلَّ، وقال: هي أشد من النرد[6].

قال غيره: لا تجوز شهادته وإن لم يكن مدمناً.

وإذا ادعى الخصم بينة بعيدة في التجريح؛ لم ينتظره ويتلوم له، فإن جاء بهم، وإلا حكم عليه.

وإن ثبت أنهم حدُّوا في قذف فمن تاب منهم ممن[7] حد في القذف وحسنت حاله و[8] زاد على ما عرف من حسن الحال؛ جازت شهادته في الطلاق والحقوق[9].

قال سحنون: قال[10] مالك: ولو حد نصراني في قذف[11] ثم أسلم بالقرب قبلت شهادته.

قال سحنون: إلا ما[12] حد فيه كما لا تجوز شهادة الزاني[13] في الزنا[14]

---

(1) في (ش): (عليها).

(2) انظر: المدونة: 11/98.

(3) قوله: (مالك) زيادة من (ن).

(4) انظر: البيان والتحصيل: 10/30.

(5) في (ش): (مدينا).

(6) انظر: المدونة: 9/7، 8.

(7) في (ش): (فمن).

(8) في (ش): (أو).

(9) انظر: المدونة: 9/16، 17.

(10) في (ن): (قاله).

(11) قوله: (في قذف) زيادة من (ن).

(12) في (ن): (فيها).

(13) في (ن): (ولد الزنى).

(14) قوله: (قال سحنون: إلا ما حد فيه... الواني في الزنا) ساقط من (ف2).

قاله مالك[1].

قال سحنون: يتوقف عن قبول شهادة من أسلم حتى يعرف صلاحه بعد ذلك.

ومن قذف رجلاً فعفا عنه أو أخره وأشهد عليه فشهادته تجوز ما لم يحد في القذف.

ومن كتاب[2] الأقضية، قال مالك: وإذا ظهر الإمام على شاهد الزور؛ ضربه بقدر رأيه[3]، وطاف به في المجالس.

ابن القاسم: يريد -ظني- في مجالس المسجد[4] الجامع، ولا تقبل شهادته أبداً[5]، وإن تاب وحسنت حاله[6].

وقد أمر عمر أن يسخم وجهه[7]، ويحلق رأسه، ويطاف به في المجالس[8]، ويطال حبسه[9].

قال سحنون: فإن[10] أتى تائباً قبل الظهور عليه فهذا الذي تقبل شهادته إن تاب كتوبة الزنديق قبل أن يعلم به[11].

ومن الشهادات: ولا تجوز شهادة المغني والمغنية، إذا عرفا بذلك، ولا النائحة ولا الشاعر الذي يمدح من أعطاه ويهجو من منعه، وإن[12] كان لا يهجو ويأخذ ممن

---

(1) قوله: (قاله مالك) زيادة من (ف2).

(2) قوله: (كتاب) ساقط من (ن).

(3) في (ن): (أيه).

(4) في (ن): (المجلس).

(5) قوله: (أبداً) ساقط من (ش).

(6) انظر: المدونة: 8/496.

(7) عياض: ومعنى سخموا وجهه؛ أي سودوه، والسخام - بضم السين - دخان القدر الملتزق بها.اهـ. انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2203.

(8) قوله: (في المجالس) زيادة من (ن).

(9) انظر: المدونة: 9/91.

(10) في (ف2): (ولو).

(11) انظر: النوادر والزيادات: 8/390.

(12) في (ش): (فإن).

أعطاه؛ قُبِل[1] إن كان عدلاً[2].

ولا تجوز شهادة [(ش: 49/ب)] أهل الكفر على مسلم أو كافر من أهل ملتهم[3] أو من غيرها[4]، ولا على وصية ميت مات في سفر، وإن لم يحضره مسلمون ولا شهادة نسائهم في الاستهلال و[5] الولادة[6].

ولا تجوز شهادة الأرقاء، ولا من فيه علقة رق، ولا من لم يبلغ الحلم من الأحرار، ولو شهد نصراني أو عبد أو صبي بشهادة، ثم أدوها[7] بعد العتق أو الحلم أو الإسلام؛ جازت، ولو أدوها إلى ناظر في حالتهم الأولى فردت؛ لم تجز أبداً، و[8] روي ذلك عن عثمان بن عفان وغيره[9].

ولا تجوز شهادة السُّؤال إلا في التافه[10].

ومن غير المدونة: وتجوز شهادة الفقير العدل فيما قل أو كثر.

ومن كان في عولك من أجير أو[11] غيره؛ لم تجز شهادته لك، وإن لم يكن الأجير في عيالك؛ جازت شهادته إن كان عدلاً[12].

وتجوز شهادة المولى لمعتقه، ما لم يدفع بها عن نفسه شيئاً أو يجر إليها[13].

---

(1) في (ف2): (فيقبل).

(2) انظر: المدونة: 9/7.

(3) في (ش): (ملة).

(4) في (ن): (غير).

(5) في (ن): (أو).

(6) انظر: المدونة: 9/12 و13 و14.

(7) قوله: (ثم أدوها) ساقط من (ن).

(8) قوله: (و) ساقط من (ن).

(9) انظر: المدونة: 9/8، 9.

(10) انظر: المدونة: 8/492.

(11) في (ن): (و).

(12) انظر: النوادر والزيادات: 8/315.

(13) قوله: (إليها) ساقط من (ن)، وانظر المسألة في: النوادر والزيادات: 8/305.

ولا تجوز شهادته لمكاتبه وغيره من أرقائه[1].

(ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: أنهما سئلا عن شهادة الرجل لزوج ابنته أو لامرأة ابنه فقالا: نعم تجوز إذا كان عدلاً.

وأصبغ عن ابن القاسم: لا تجوز، وإن كان عدلاً، لأنه إذا شهد لامرأة ابنه فكأنه شهد لابنه، وكذلك لزوج ابنته.

ابن حبيب: قول مطرف وابن الماجشون أحب إلي إن كان الشاهد مبرزاً[2] في العدالة، وإذا لم يكن كذلك، فقول ابن القاسم أحب إلي، وسألتهما عن شهادة الابن والأب في الشيء الواحد معاً أو واحد بعد واحد، فقالا: شهادتهما جائزة، كيف ما قاما بها إذا كانا عدلين، ولا تهمة على الآخر منهما، فأما شهادته أن يكون إنما يريد تمام الشهادة وتحقيقها وتعديله، إذا قام بشهادته عنه، فقال مطرف: لا بد أن يعدله غيره إذا كان الحاكم لا يعرفه.

وقال ابن الماجشون: إن لم يكن التعديل نزعه وليس له قام، وإنما نزعه وقام به إحياء شهادته، فلا بأس أن يصفه بأمر تتم به شهادته، وأصبغ لا يجيز شهادة الابن على حال، وإن عدله غيره، أو كان معروفاً بالعدالة، لأنها لا تتم إلا به.

ابن حبيب: وقول مطرف أحب)[3][4].

ولا تجوز شهادة الأبوين أو أحدهما للولد، ولا الولد لهما، ولا أحد الزوجين لصاحبه، ولا شهادة الزوج على سيد زوجته بعتقها، ولا الجد لابن ابنه، ولا الرجل لجده، ولا تجوز في واحد[5] من هؤلاء شهادته للآخر في حق أو تزكية، أو تجريح من

---

(1) قوله: (ولا تجوز شهادته... أرقائه) ساقط من (ن).

(2) عياض: وقوله (مبرزاً)؛ كذا هو بكسر الراء المشددة؛ أي ظاهر العدالة سابقاً غيره متقدماً فيها، وأصله من تبريز الخيل في السبق، وتقدم سابقها وهو المبرز؛ لظهوره وبروزه أمامها.اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2162/1.

(3) قوله: (ما بين القوسين) زيادة من (ش).

(4) قوله: (ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: أن... أهب) ساقط من (ف2).

(5) في (ن): (أحد).

شهد عليه[1].

ومن كتاب[2] الشفعة: ومن لا تجوز شهادته من القرابة لقريبه؛ فلا يجوز أن يشهد له أن فلاناً وكّله على شيء، ويجوز أن يشهد عليه أنه وكل غيره[3]، لأنها شهادة عليه[4].

ومن الشهادات: وتجوز شهادة الأخ لأخيه، والرجل لمولاه أو لصديقه الملاطف، إلا من كان منهم في عياله، أو أخ تناله صلة أخيه، وأما أخ منقطع عن أخيه مستغن[5] عنه؛ فشهادته [(ش: 50/أ)] له في الحقوق جائزة[6].

وفي التعديل إن كان مبرزاً[7].

قال ابن القاسم في المستخرجة: إن الأخ يعدل أخاه، وقال أشهب: لا يعدله[8].

وقال غيره: لأن شرف أخيه شرفه[9].

ولا تجوز شهادة الرجل لعبد ابنه، وتجوز شهادة الرجل لشريكه المفاوض، إن شهد له في غير التجارة، ما لم يجر نفعاً إلى نفسه.

ومن أودعك وديعة، فشهدت عليه أنه تصدق بها على فلان، أو أقرَّ بها[10] له عندك[11]؛ حلف فلان مع شهادتك، واستحقها إن كان حاضراً، فإن غاب؛ لم تجز شهادتك إن كانت غيبته تنتفع أنت في مثلها بالمال.

---

(1) قوله: (عليه) ساقط من (ن).

(2) قوله: (كتاب) ساقط من (ف2).

(3) انظر: المدونة: 9/485.

(4) في (ف2): (له).

(5) في (ف2): (مستغنى).

(6) انظر: المدونة: 9/11، 12.

(7) انظر: المدونة: 9/6.

(8) انظر: البيان والتحصيل: 10/68.

(9) في (ف2): (شرف له).

(10) قوله: (أو أقر بها) يقابله في (ش): (وأقرها)، والمثبت موافق لما في تهذيب البراذعي: 3/594.

(11) قوله: (عندك) ساقط من (ف2)، في (ن): (عبدك).

ومن كتاب الولاء: والشهادات: وإن شهد لرجل أعمامه، أن فلاناً الميت مولى أبيه أعتقه، فإن لم يدع ولداً ولا موالي، وإنما ترك مالاً؛ جازت الشهادة لارتفاع التهمة، وإن ترك ولداً أو موالياً[1] يتهمون بذلك على جر ولائهم يوماً ما[2] لقعددهم؛ لم يجز[3].

وقد قال مالك: وإن شهد ابنا عم لابن عمهما على عتق[4]، فإن اتهما[5] في جر الولاء لقربهما منه لم يجز[6] ذلك، وإن كانا في البعد منه لا يتهمان في جره؛ جازت الشهادة[7].

وإن كان قد يرجع إليهما يوماً ما[8].

وذكر هذا في الأعمام في المجموعة لمالك، فقال: وإن كانا من الفخذ وإن قرب إذا لم يتهما بجر ولاء وإن كان قد يرجع إليهما يوماً ما[9].

ومن كتاب[10] الوصايا، وكتاب[11] الشهادات: وتجوز شهادة الوصيين والوارثين بدين على الميت مع يمين الطالب أنه ما قبض منه الميت[12] شيئاً ولا

(1) في (ش): (موالي).

(2) قوله: (ما) ساقط من (ف2).

(3) انظر: المدونة: 6/123، 124.

(4) عياض: المسألة إنما تراعى في ذلك التهمة حين الشهادة لو مات ابن عمهما - حينئذ - كانا هما وارثاه فأما ما يتناسخ وينجر إلى وراثة بعد أخرى، فقالوا: لا يراعى، وكذلك في المجموعة، وإن قرب إذا لم يتهما بجر ولاء، وإن كان يرجع إليهما يوما ما.اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2177 و2178.

(5) في (ن): (لم يتهما).

(6) في (ن): (جاز).

(7) انظر: المدونة: 9/37.

(8) قوله: (ما) زيادة من (ف2).

(9) قوله: (يوما ما) يقابله في (ن): (يوماً يوماً).

(10) قوله: (كتاب) ساقط من (ن).

(11) قوله: (كتاب) ساقط من (ن).

(12) قوله: (الميت) زيادة من (ف2).

أسقط[1] عنه، وإن شهد له[2] بذلك وصي أو وارث؛ حلف معه أن حقَّه لحقٌّ، وأنه ما قبض من الميت شيئاً منه ولا سقط عنه، وإن شهد له[3] وارث غير عدل؛ أدى من مورثه قدر ما يقع عليه من الدين[4]، يريد: إن لم يول[5].

وفي التفليس شيء من هذا.

وشهادة الوصيين أن الميت أوصى إلى فلان معهما جائزة[6].

قال غيره: إن ادعى ذلك فلان ولم يجرّا بذلك إلى أنفسهما نفعاً، وكذلك الوارثان.

قال ابن القاسم: وتجوز شهادة الوارثين على نسب يلحقانه بالميت أو دين أو وصية، أو[7] أن فلاناً أوصى[8]، وإن شهد ابنان[9] أن أباهما أعتق هذا العبد، ومعهما أخوات أو[10] زوجة للأب، فإن لم يتهما في ولائه لدناءته؛ جازت[11] شهادتهما، وإن كان يرغب في ولائه ويتهمان على جره؛ لم تجز شهادتهما[12].

قال في كتاب[13] الوصايا: وإن شهد ولدان للميت، أن أباهما أعتق هذا العبد، وشهد أجنبيان[14] أنه أوصى بالثلث لرجل، والعبد هو الثلث، فإن كان عبداً يتهمان في

---

(1) في (ن): (أسقط).

(2) في (ن): (به).

(3) في (ن): (به).

(4) زاد بعد في (ن) قوله: (بدين).

(5) في (ف2): (يولى).

(6) انظر: المدونة: 26/9.

(7) في (ن): (و).

(8) في (ن): (وصي).

(9) في (ن): (اثنان).

(10) في (ن): (و).

(11) في(ش)، (ن): (جاز).

(12) انظر: المدونة: 27/9.

(13) قوله: (كتاب) ساقط من (ف2).

(14) في (ش): (أجنبي).

جر ولائه؛ لم تجز شهادتهما، وجازت الشهادة بالوصية، وإن لم يتهما فيه[1] فهي جائزة، وهذا كشهادتهما بذلك ومعهما من الورثة نساء، فما[2] يتهمان فيه مع النساء، يتهمان فيه مع الموصى له[3].

ومن الشهادات: ولا تجوز شهادة الوصي بدين الميت[4] إلا أن يكون الورثة كباراً[5] وهم بحال رشد[6] يلون أنفسهم، و[7] لا يتهم على ما يقبض لهم؛ فيجوز[8].

وإن شهد وارثان أن فلاناً تكفل لفلان ولوالدهما بمال، أو شهد رجلان[9] أن لهما ولفلان على فلان مائة دينار **[(ش: 50/ب)]**، لم[10] يجز من ذلك شيء[11].

وقال مالك: فيمن شهد على وصية أوصى له فيها بشيء، فإن كان إنما أوصى له فيها بتافه لا يتهم فيه؛ جازت له ولغيره، إذ لا تصح بعض شهادة ويرد بعضها[12].

قال غيره عن مالك: إذا اتهم لم يجز له ولا لغيره لغيره، وفي هذا الأصل اختلاف عن مالك[13].

قال يحيى بن سعيد: إن كان معه شاهد غيره جازت شهادته[14] لغيره، وإن كان

---

(1) قوله: (فيه) زيادة من (ن).

(2) في (ن): (وما).

(3) انظر: المدونة: 185/10.

(4) في (ن): (للميت).

(5) قوله: (كباراً) ساقط من (ن).

(6) في (ن): (الرشد).

(7) قوله: (و) ساقط من (ش).

(8) انظر: المدونة: 28/9.

(9) بدأ من هنا سقط من (ن).

(10) قوله: (لم) زيادة من (ف2).

(11) انظر: المدونة: 31/9.

(12) انظر: المدونة: 31/9.

(13) انظر: المدونة: 32/9.

(14) في (ف2): (له و).

وحده؛ جازت لغيره، ولم تجز له.

وروى ابن وهب عن مالك: أنها لا تجوز له ولا لغيره[1].

قال سحنون: تجوز لغيره مع أيمانهم، وإن شهد معه آخر؛ جازت له ولغيره في التافه بغير يمين، ولا تجوز في غير التافه له ولا لغيره.

مالك: وإن شهد عليها شاهدان أنه[2] أوصى لهما فيها بشيء تافه؛ قضي بما فيها لهما ولغيرهما، وتبطل في الكثير لهما ولغيرهما[3].

وأما من شهد على حق له منه جزء وإن قلَّ؛ فلا تجوز شهادته له ولا لغيره.

وإن شهد شاهد على وصية فيها عتق، ووصايا لقوم؛ لم تجز في العتق، وجازت في الوصايا للمعينين مع أيمانهم، وإن[4] ضاق الثلث فإنما لهم ما فضل عن العتق، وإنما تبطل[5] كلها أن لو شهد لنفسه فيها.

قال ربيعة: لا تقبل شهادة خصم، ولا ظنين؛ وهو المغموص في خلائقه ومخالفته حال العدل، وإن لم يظهر منه قبيح عمل[6].

قال ابن القاسم: وإن شهد رجلان أن فلاناً أمرهما أن يزوجاه، وأنهما قد فعلا وهو منكر لذلك كله؛ لم تجز شهادتها؛ لأنهما خصماؤه.

ولو أقر بالتوكيل وقال: لم يزوجاني، لزمه قولهما: قد فعلنا[7].

ومن الأقضية: لا تجوز شهادة القُسام على ما قسموا، كما لا تجوز شهادة الحكام[8] على ما حكموا[9]، ....

---

(1) انظر: المدونة: 9/32.

(2) قوله: (أنه) زيادة من (ف2).

(3) انظر: النوادر والزيادات: 8/329.

(4) في (ف2): (فإن).

(5) في (ف2): (يبطل).

(6) انظر: المدونة: 9/90.

(7) انظر: المدونة: 9/54.

(8) في (ف2): (الحاكم).

(9) في (ف2): (حكمه).

لأنهم لا[1] يشهدون على فعل أنفسهم[2].

قال ابن الماجشون: إن ثبت أن القاضي أمرهم بهذا القسم؛ جازت شهادتهم عليه، وإن لم يكن إلا قولهم على أمر القاضي والقسم فلا تجوز.

قال سحنون: وأما كاتب القاضي فتجوز شهادته على ما كتب[3] عزل عن الكتابة أم لا[4].

ما يجوز[5] من شهادة السماع وغيرها في الأملاك والولاء والأنساب والأحباس وذكر الحيازة وما يقطع[6] الدعوى من طولها ومن سمع من يقر بحق أو بحد أو بشهادة عنده والشهادة على الشهادة والشهادة على الخط

ولما لم يكن سبيل إلى وجود البينات على أصول الأشياء عند تقادم الأزمنة وانقطاع البينة كانت شهادة السماع في ذلك قاطعة ومن حاز على آخر شيئه[7] حوز المالك سنين ذوات عدد.

قال غير ابن القاسم: العشر سنين ونحوها لا يدعيه فذلك يقطع دعواه، وفي ذلك أحاديث مروية.

قال ابن سحنون: ولما أمر الله سبحانه نبيه عليه [الصلاة و] السلام بالقتال بعد عشر سنين كانت أبلغ شيء في الإعذار، والله أعلم.

---

(1) قوله: (لا) زيادة من (ف2).

(2) انظر: المدونة: 8/508.

(3) انظر: النوادر والزيادات: 8/71.

(4) قوله: (عزل) زيادة من (ف2).

(5) قوله: (ما يجوز) زيادة من (ف2).

(6) قوله: (وما يقطع) يقابله في (ف2): (وقطع).

(7) قوله: (شيئه) زيادة من (ف2).

قال ابن القاسم: والشهادة على السماع في الأحباس جائزة لطول زمانها يشهدون أنا لم نزل نسمع[1] -قال محمد من الثقات- أن هذه الدار حبس [(ش: 51/أ)] تحاز بحوز الأحباس، وإن لم ينقلوا عن بينة معينين إلا قولهم: سمعنا وبلغنا والنقل عن المعينين ليست بشهادة السماع، وإنما هي شهادة على شهادة.

أبو محمد: إذا نقل ما سمعوا ولم يشهدوه فهو شهادة السماع، وإما إن شهدوه فليست بشهادة السماع.

قال مالك في قوم شهدوا على السماع في حبس على قوم أنه[2] يعرف أن من مات منهم لا تدخل في نصيبه زوجته، وتهلك ابنة الميت فلا يدخل فيه ولدها ولا زوجها فذلك جائز، فإن[3] لم يذكروا ذلك كله وذكروا من السماع ما يستدل به فذلك جائز.

قال: وتجوز أيضاً في الأملاك في تقادم الحيازات، وقد تعرف دور لمن أصلها في سالف[4] الدهر وتتداولها الأملاك فشهادة السماع فيما درس عهده من ذلك؛ جائزة[5].

ولو قدم غائب وأثبت بينة[6] على أصل ملك دار، وقد كان أبو الحائز لها أو جده ابتاعها أو طال زمان ذلك ودرست البينة إلا على السماع أو كان هو ابتاعها وأتى من طول عمره ما تنقرض فيه البينة فذلك جائز، والذي ينفعه من ذلك أن يشهد قوم أنهم سمعوا أنه هو أو أحد من آبائه ابتاعها من القادم أو من أحد آبائهم، أو ممن ورثها عنه، أو ممن ابتاعها من أحد، ممن[7] ذكرنا فذلك يقطع حق القادم منها، وإن قالوا: سمعنا أن هذا الحاضر أو أحداً من آبائه ابتاعها ولا يدري ممن لم ينفعه ذلك.

---

(1) انظر: المدونة: 9/38.
(2) في (ف2): (وأنه).
(3) في (ف2): (وإن).
(4) في(ش): (سأل).
(5) في (ف2): (جائز).
(6) قوله: (بينة) ساقط من (ف2).
(7) في(ش): (فمن).

ولو أتى ببينة على السماع أنه هو ابتاعها ممن ذكرنا منذ خمس سنين[1] ونحوها مما لم يتطاول لم ينفعه ولا يقبل في هذا القرب إلا ببينة علم العلم قاطعة إلا فيما تقادم فذلك جائز[2]؛ وإن كان هو المبتاع لأنه قد يبتاعها عند[3] أربعين[4] سنة أو خمسين[5] أو ستين.

قال: والحيازة لا تقطع دعوى الغائب إذا لم يأت[6] الحاضر إلا ببينة أنه يجوز، ويبني ويهدم ويكري[7] ونحوه لم تضر الغائب الحيازة وقضي للغائب[8] بها، فأما إن كان المدعي حاضراً في مثل هذه الحيازة سنين ذوات عدد فذلك قطع لدعواه[9]، وكذلك إن حاز عليه الرقيق والحيوان أو العروض بالاستخدام أو الكراء واللبس ونحوه أو الوطء في الأمة.

قال: ومن ورث داراً عن أبيه فأقام ابن عمه بينة أنها دار جده فإنه ينظر فيها إلى الحيازة كما قلنا[10].

قال في غير المدونة: إن الحيازة لا تقطع دعوى القرابة في مواريثهم إلا بطول الزمان.

واختلف في تقدير ذلك بينهم وبين الأصهار معهم والموالي، قال في المدونة.

ولم يحد لي مالك في الحيازة في الرباع -يريد بين[11] الأجنبيين- عشر سنين قال

---

(1) في (ف2): (خمسين سنة).

(2) انظر: المدونة: 9/ 41 و42.

(3) انظر: المدونة: 9/ 75.

(4) في(ش): (الأربعين).

(5) قوله: (سنة) زيادة من (ف2).

(6) قوله: (فإذا لم يأت) غير واضح في (ش).

(7) في(ش): (ويكره).

(8) قوله: (الحيازة وقضي للغائب) غير واضح في (ش).

(9) قوله: (فذلك قطع لدعواه) غير واضح في (ش).

(10) انظر: المدونة: 9/ 77.

(11) قوله: (بين) زيادة من (ف2).

ربيعة: حوز عشر سنين يقطع دعوى الحاضر إلا أن يقيم بينة أنه إنما [(ش: 51/ب)] أكرى أو سكن أو أعار أو نحوه، ولا حيازة على غائب.

وذكر ابن المسيب وزيد بن أسلم أن النبي ﷺ قال: «**من حاز شيئاً عشر سنين فهو له**».

ومن أقام بينة في دار بيد غيره إنها دار أبيه الميت أو جده[1] ولم يسموا الورثة لم يقض له بشيء ولا ينظر إلى تسمية المدعي للورثة وتبقى للذي هي بيده[2] حتى يثبت عدد الورثة ببينة، فأما إن شهدوا أنها للمدعي ملكاً فهاهنا إن أقام الحائز لها بينة على علم الشراء في قريب الزمان أو على السماع به[3] في بعيده أنه أو أباً له ابتاعها من هذا أو ممن ذكر هذا أنها دارت إليه بسببه كان أحق بها.

---

(1) عياض: وقوله في المسألة: (وإن أقام البينة أنها دار أبيه أو دار جده وثبتت المواريث سئل الذي في يديه الدار. ثم قال: وإن لم يثبت لم يسأل الذي في يده الدار عن شيء) كذا في كتاب ابن عتاب وابن سهل، وفي بعض النسخ: وإن لم يثبت المواريث ولم يسأل الطالب ومن هذه المسألة يستخرج مذهبه في المدونة في توقيف الطالب.

قال بعض شيوخنا الأندلسيين: إن مذهب مالك من رواية ابن القاسم في كتاب الشهادات وغيره وهو مذهب ابن القاسم أن الطالب لا يوقف المطلوب على شيء، حتى يثبت الطالب دعواه، وكذلك يوقفه، وروى ابن عبد الحكم وابن كنانة عن مالك ومثله في سماع أشهب أن له إيقافه دون أن يثبت، وبه أفتى الفقهاء والشيوخ بقرطبة، وبه جرى القضاء عندهم، وهي إحدى المسائل الخمسة التي خالفوا فيها مذهب ابن القاسم وروايته على أصلهم من القضاء بقوله وذكروها على الخلاف.

وقد رتب بعض شيوخنا هذه المسألة وفسرها، فقال: إنه إنما لا يوقف حتى يثبت إذا وقفه من أين تصيرت له. وأما على توقيفه هل يعلم له فيها حق أم لا؟ فيوقفه على ذلك دون شيء، وبه جاءت رواية ابن كنانة، وعلى هذا الترتيب نزل المسألة ابن أبي زمنين.

وتأمل ظاهر قوله في الكتاب: (وإن لم يثبت لم يسأل الذي الدار في يديه عن شيء)، فإن كان يريد لم يثبت الموت والوراثة، فلا يختلف في هذا، وإن كان على الجميع، فهو خلاف ما ذهب إليه ابن أبي زمنين، وحجة لغيره.اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2194، 2195.

(2) في (ش): (في يده).

(3) قوله: (به) زيادة من (ف2).

ومن قامت له بينة أنه ابن فلان أو أخوه ؛لم يستحق ميراثه حتى يقولوا لا نعلم له وارثاً غيره[1]، وكذلك إن شهدوا مع ذلك بأن هذه دار أبيه أو جده فلا يتم ذلك حتى يقولوا لا نعلم إنها خرجت من ملكه إلى أن مات وتركها ميراثا لهذا وأنا لا نعلم له وارثا غيره.

قال في هذا الكتاب وكتاب الولاء: وإن ذكروا ورثة معهم يعلمونهم -يريد يسمونهم[2]-، -قال في كتاب الولاء:[3] غياب- سُمعت البينة وقضيت للحاضر بقدر حظه منها، ولم أنزع[4] باقيها من يد المقضي عليه، إذ لعل الغيب[5] يقرون له بها، فإن قدموا فادعوا كدعوى الحاضر؛ كان ذلك القضاء لهم نافذاً[6]، وإن قدموا قبل القضاء أو[7] بعد أن عجز الأول عن منافعه فهم على حجتهم[8].

وروى أشهب وابن نافع عن مالك: أنه إذا قضي للحاضر بحظه؛ نزع باقيها من يد المقضي عليه، وأوقف للغيب[9]. وقاله ابن القاسم مرة[10].

قال: وأما الشهادة على السماع في الولاء والنسب أنهم لم يزالوا يسمعون أنه مولى فلان أو ابنه لا يعلمون له وارثاً غيره: فقد اختلف قول مالك في إجازته، وأكثر قوله أنه يثبت ويجوز.

---

(1) عياض: قيل: معناه يسألهم، فإن قالوا معنى قولهم مخافة أن يكون له وارث بحيث لا نعلم لم يضرهم ذلك، وأمضى شهادتهم.اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2197، 2198.

(2) في (ف2): (سموهم).

(3) انتهى هنا السقط من (ن).

(4) في (ن): (أنزل).

(5) في (ن): (الغياب).

(6) في (ن): (نافذ).

(7) في (ش): (و).

(8) انظر: المدونة: 6/145.

(9) في (ن): (الغياب)، وفي (ف2): (للغياب).

(10) انظر: النوادر والزيادات: 8/211.

قال يحيى: ورواه ابن وهب عن مالك، و[1] قال ابن القاسم: وأرى أن يقضى له بالمال بعد الاستيناء به[2]، ولا يثبت بذلك النسب ولا الولاء.

وإن كان شاهداً واحداً على السماع لم يقض له[3] بالمال وإن حلف، لأن السماع نقل شهادة ولا يقضى في النقل بشاهد ويمين.

وإذا[4] شهد واحد على أن فلاناً ابن فلان الميت، أو على أنه مولاه[5] أعتقه.

يريد: لا يعلم[6] له وارثاً غيره؛ استؤني بالمال فإن لم يستحقه غيره، قضي له به مع يمينه، ولا يثبت به له[7] ولاء ولا نسب[8].

قال في كتاب الولاء: أو يشهدون على شهادة غيرهم أنه مولاه، وأنهم لا يعلمون له وارثاً غيره؛ فيتم ذلك، فإن شهدوا أنه مولاه، ولم يقولوا: أعتقه أو[9] أعتق أباه، ولا شهدوا[10] على إقرار الميت أنه مولاه، ولا على شهادة غيرهم؛ فليس له[11] [(ش: 52/أ)] ذلك بشيء.

وقال أشهب: إن قدر على كشف الشهود بأنه مولاه، سئلوا هل[12] أعتقه أو[13] أعتق أباه، فإن ماتت البينة ولم تسأل؛ قضيت له بالمال والولاء[14].

---

(1) قوله: (قال) ساقط من (ن).
(2) في (ش): (الاستنابة).
(3) قوله: (له) ساقط من (ش).
(4) في (ف2): (وإن).
(5) في (ن): (مولى).
(6) في (ن): (لا نعلم).
(7) قوله: (له) ساقط من (ش).
(8) انظر: المدونة: 9/35، 36.
(9) في (ن): (ولا).
(10) في (ن): (يشهدون).
(11) قوله: (له) زيادة من (ف2).
(12) قوله: (سئلوا هل) يقابله في (ن): (غير مقروء).
(13) في (ش): (و).
(14) انظر: المدونة: 6/154.

ومن كتاب الشهادات[1]: وتجوز الشهادة على الشهادة في الطلاق وسائر الحدود، وفي القتل، وفي الولاء، وفي كل شيء، ولا ينقل أقل[2] من اثنين في الحقوق عن واحد فأكثر، ولا يجوز نقل واحد مع يمين الطالب في مال، لأنها[3] بعض شهادة شاهد، والنقل نفسه[4] ليس بمال، ولو أجزت فيه شاهداً ويميناً؛ لم أقض للطالب إلا باليمين[5].

قال مالك: ومن عرف خطه في كتاب فيه شهادته؛ فلا يشهد حتى يذكر الشهادة ويوقن بها، ولكن يؤدي ذلك كما علم، ثم لا ينتفع[6] الطالب بذلك[7][8].

قال سحنون: إذا عرف خطه ولم يسترب في الكتاب شيئاً فليشهد[9].

ومن سمع رجلاً يطلق زوجته أو يقذف رجلاً؛ فليشهد بذلك، وإن لم يشهده، وعليه أن يخبر بذلك من له الشهادة، وقال لي مالك ذلك[10] في الحدود، أنه يشهد بما سمع، إن كان معه غيره، وسمعته قبل ذلك يقول فيمن مرّ برجلين يتكلمان في أمر، فيسمع[11] منهما شيئاً ولم يُشهداه، ثم يطلب أحدهما تلك الشهادة، قال: لا يشهد له.

قال ابن القاسم: إلا أن يستوعب كلامهما من أوله، فليشهد، وإلا فلا، إذ قد يكون في أوله ما يبطل آخره[12].

---

(1) في (ن): (غير مقروء).

(2) قوله: (بنقل أحد) يقابله في (ش): (ولا ينقل أقل).

(3) في (ن): (غير مقروء).

(4) في (ش): (بنفسه).

(5) في (ش): (يمين)، وانظر المسألة في: المدونة: 9/18، 19.

(6) في (ش): (يتبع).

(7) قوله: (بذلك) ساقط من (ش).

(8) انظر: المدونة: 8/505.

(9) انظر: النوادر والزيادات: 8/266.

(10) قوله: (ذلك) زيادة من (ن).

(11) في (ن): (فسمع).

(12) انظر: المدونة: 9/34، 35.

قال[1] في كتاب الرجم: وشبهه[2] من قول مالك، أنه قال فيمن ذكر بعض شهادته ونسي بعضها: إنه لا يشهد حتى يذكرها كلها[3].

ومن الشهادات: ومن سمع شاهداً يذكر شهادته أن لفلان على فلان كذا[4] أو يقول سمعت فلاناً يقذف أو يطلق؛ فلا يشهد على شهادته حتى يقول له: اشهد على شهادتي[5].

ومن كتاب الرجم، قال مالك: في رجلين تنازعا بينهما في أمر، فأدخلا بينهما رجلين على أن لا يشهدا بما يسمعان منهما[6]، فيتقاررا[7] ثم يفترقان فيتجاحدان، قال مالك[8] فليعذر الشاهدان إليهما ويستأنيا، فإن تماديا على الجحد؛ فليشهدا عليهما.

في المتداعيين يقيم كل واحد منهما بينة والقضاء في اختلاف البينات في الشهادات[9]

روي[10] أن رجلين اختصما إلى النبي عليه [الصلاة و] السلام في بعير، فجاء كل واحد منهما بشاهدين، فقسمه النبي ﷺ بينهما، وقاله عدد من الصحابة، وقاله كثير من[11] التابعين إذا[12] لم يكن الشيء بيد أحدهما، واتفقت في العدالة بينتاهما، إلا أن

(1) في (ف2): (وقال).
(2) في (ن): (ويشبهه).
(3) انظر: المدونة: 11/78.
(4) قوله: (كذا) ساقط من (ش).
(5) انظر: المدونة: 9/34.
(6) قوله: (منهما) ساقط من (ن).
(7) في (ن): (فيتقاررن).
(8) قوله: (مالك) زيادة من (ن).
(9) في (ف2): (الشهادة).
(10) في (ف2): (وروي).
(11) قوله: (قاله كثير من) ساقط من (ن).
(12) في (ش): (إذ).

يكون بيد أحدهما[1]، فيكون أحق[2] به لزيادة[3] الحوز، وقالوا في الحيوان: إن الناتج أحق من العارف، والنسج في الثياب كالنتاج.

قال ابن القاسم: فمن ادعى عرضاً أو حيواناً أو [(ش: 52/ب)] ربعاً بيد رجل، وأقام[4] بينة، فأقام[5] من ذلك بيده بينة؛ قضي بشهادة أعدلهما، وإن كانت أقل عدداً، وإن[6] تكافأتا[7] في العدالة؛ أسقطتا[8] ولا أقضي[9] بأكثرهما عدداً وبقي[10] الشيء بيد حائزه ويحلف، وكذلك إن كانا مدعيين[11] فأقام[12] كل واحد بينة فيها، وليست بيد أحدهما فتكافأتا[13] وهي بيد من يدعيها[14]، فإنها تبقى بيد مدعيها وتسقط البينتان، وذلك أن كل بينة قد كذبت الأخرى وجرحتها، وكذلك إن كانت واحدة[15] رجلان، والأخرى رجل وامرأتان، قال غيره: ليس ذلك بتجريح[16].

قال سحنون: ولو كانت تجريحاً للأخرى؛ لم تقبل في غير ذلك، فإن لم يكن ما

(1) قوله: (واتفقت في العدالة... أحدهما) ساقط من (ن).
(2) في (ن): (أحد).
(3) في (ن): (لزيادته).
(4) في (ن): (فأقام).
(5) في (ن): (وأقام).
(6) في (ف2): (فإن).
(7) في (ن): (تكافأ).
(8) في (ش): (سقطتا).
(9) في(ش)، (ن): (وإلا قضي).
(10) قوله: (وإلا قضي بأكثرهما عددا) يقابله في (ن): (ولا أقضي في تكافئهما وأبقي).
(11) في (ن): (مدعيان).
(12) في (ش): (أقام).
(13) في (ش): (وتكافآ).
(14) في (ن): (يدعيهما).
(15) في (ن): (واحد).
(16) انظر: المدونة: 62/9، وما بعدها.

تداعياه بيد أحد، وكان مما يخشى تغيره من طعام أو حيوان أو عرض؛ استأنى به الإمام قليلاً ليأتي أحدهما بمنفعة أثبت مما أتى به الآخر، فإن لم يأتيا بشيء؛ قسمه بينهما، يريد: بعد أيمانهما، وكذلك زرع ادعياه في أرض رجل لا يدعيه، ولو ادعاه كان أحق به[1] في تكافؤ بينتهما ولو كان الزرع بيد أحد المتداعين[2] كان أحق به.

وما كان من دور أو أرض أو[3] ما لا يتغير في بقائه، تركه حتى يأتي أحدهما بما يوجبه له، إلا أن يطول الزمان ولم يأتيا بشيء، فليقسمه بينهما[4].

وقال في باب آخر فيما تتكافأ[5] فيه البينة وليس بيد أحدهما إن كان مما يرى منعهما منه فعل حتى يأتي بأثبت من ذلك[6]، وإن كان مما لا ينبغي له أن يقره فرأى[7] أنه لأحدهما قسمه بينهما بعد أيمانهما كشيء لا شهادة لهما[8] فيه.

وبلغني عن مالك أنه قال: إن كان ذلك من عفو الأرض[9]، فإنها تبقى كذلك

---

(1) في (ن): (بهما).

(2) في (ن): (المتبايعين)، وفي (ف2): (المتداعيين).

(3) في (ش): (و).

(4) انظر: المدونة: 9/69.

(5) في (ن): (تتكافأ).

(6) في (ن): (هذا).

(7) في (ن): (يرى).

(8) في (ش): (له).

(9) عياض: وقوله في: (الذين يتنازعون عفواً من الأرض، فيقيمان البينة أنه ينظر في ذلك إلى الثقة في البينة والعدالة الظاهرة، ويحلف صاحبها معها، قالوا: هذا يدل أن مستحق الأرض والعقار يحلف يمين القضاء كمستحق غيرهما من الأموال).

وقد اختلف شيوخنا في ذلك، ومعظم الأندلسيين لا يرون عليه يميناً، وسحنون والقرويون، يرون ذلك عليه. قال سحنون: واليمين التي أقول بها: ليس من قول مالك، وليس كل القضاة يأخذ به، وقد نبه بعضهم على أن ما ذكره مالك في مسألة الكتاب يرد ما حكاه سحنون عنه. وحجة من فرق أن اليمين إنما هي مخافة أن يكون للغائب فيها حق، فلا يقضي القاضي حتى يستبرئ له.

قال القاضي: وقد يقال: إن إلزامه اليمين - هنا - في الكتاب إنما ذلك؛ لأنها في يد غير مالك فاستبرئ باليمين لحق بيت مال المسلمين إن لم تكن لواحد منهما، ولو كان لها مالك لم يلزم يمين إلا

عفواً، حتى تستحق بأثبت من هذا[1].

ومن أقام بينة في دار أنه ابتاعها من فلان، وأنه باعه ما ملك، وأقام من هي بيده بينة أنه يملكها؛ قضي بأعدلهما[2]، وإن تكافأتا[3] سقطتا[4] وبقيت بيد[5] الحائز، وإن لم يقم الحائز بينة؛ قضي بها للمدعي، إلا أن تكون طالت حيازة الحائز[6] بمحضر المدعي، فذلك قطع لدعواه، وإذا[7] أقام كل واحد من المدعي والحائز بينة متكافئة على نتاج أو ولادة أو نسج؛ كان ذلك لمن هو بيده منهما[8].

ولو ادعيا أمةً ليست بيد أحدهما، فأتى أحدهما ببينة أنها له[9]، لا يعلمونها خرجت من ملكه حتى سرقت له، وأقام الآخر بينة أنها له، ولدت عنده، لا يعلمونها خرجت من[10] ملكه بشيء، قضي بها لصاحب الولادة.

قال غيره: وإن كانت بينة دون الأخرى في العدالة، وليس هذا من التهاتر، ولكن لما زادت قدم الملك كانت أولى، كما لو شهدت بينة أن هذا يملكها منذ عام، وبينة الآخر أنه[11] يملكها منذ عامين، فإني[12] أقضي ببينة أبعد التاريخين إن عدلت، وإن =

أن يدعي من هي في يده دعوى توجبها، وقد تقدم الكلام على هذا الأصل قبل.اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2191، 2192.

(1) انظر: المدونة: 9/64، 65.
(2) في (ش): (بأعدلها).
(3) في (ش): (تكافآ).
(4) في (ش): (سقطت).
(5) في (ش): (بيدي).
(6) في (ف2): (حيازته).
(7) في (ف2): (وأما إذا)، والمثبت في المسألة موافق لما في تهذيب البراذعي: 3/607.
(8) انظر: المدونة: 9/67.
(9) قوله: (له) ساقط من (ن).
(10) في (ش): (عن).
(11) في (ف2): (أن هذا).
(12) في (ش): (فأنا).

كانت الأخرى أعدل، ولا أبالي بيد من كانت الأمة منهما، إلا أن يحوزها الأقرب تاريخاً بالوطء والخدمة بمحضر الآخر؛ فهذا يقطع دعواه[1].

ومن كتاب العتق: وإن أقر العبد أنه لفلان؛ لم يصدق على من هو بيده، وكذلك إن أقر في عرض بيده أنه لفلان وسيده يدعيه لنفسه[2].

ومن كتاب[3] الولاء: وإذا تداعيا في ولاء رجل، وأقاما البينة وتكافأت، والرجل[4] مقر لأحدهما؛ سقطت البينة، وكان ولاؤه لمن أقر له[5]، ولو كانت بينة الآخر[6] أعدل لم ينظر إلى إقراره بهذا[7]، وهي مذكورة في اختصار الولاء.

ومن كتاب الشهادات: ومن هلك عن ولد مسلم وآخر كافر، فادعى كل واحد منهما أن[8] الأب مات على دينه، وأقاما[9] على ذلك[10] بينة مسلمين، فتكافأت؛ فإني أقسم الميراث[11] بينهما، وليس دفنه بين المسلمين والصلاة عليه مما يقضى به في هذا، وإن لم يقيما بينة، وعرف أنه كان نصرانياً؛ فهو على ذلك حتى يثبت إسلامه ببينة، أو يقيما بينة فتكافآ كما ذكرناها[12][13].

قال غيره: بل يقضى ببينة المسلم، [(ش: 53/أ)] لأنها زادت بعد أن يحلف على

---

(1) انظر: المدونة: 9/67، 68، وتهذيب البراذعي: 3/607.

(2) انظر: المدونة: 5/350.

(3) قوله: (كتاب) ساقط من (ن).

(4) في (ش): (والآخر).

(5) في (ف2): (به).

(6) في (ن): (الأخرى).

(7) في (ش): (لهذا)، وانظر المسألة في: المدونة: 6/127، 128.

(8) قوله: (أن) ساقط من (ن).

(9) في(ش) و(ن): (وأقام).

(10) قوله: (على ذلك) يقابله في (ن): (بذلك).

(11) في (ف2): (المال). والمثبت موافق لما في تهذيب البراذعي: 2/639، 3/608

(12) في (ف2): (ذكرناه).

(13) قوله: (فتكافآ كما ذكرناه) يقابله في (ن): (فتكافأتا كما ذكرنا).

دعوى النصراني[1].

ومن أقام شاهداً بمائة دينار دينا[2] وشاهداً بخمسين ديناراً[3]، فإن شاء حلف مع شاهد المائة وقضي له بها، وإلا أخذ الخمسين[4] بغير يمين، يريد: ويحلف المطلوب على ما بقى، فإن نكل؛ غرم.

وإن شهد شاهد أنه أوضحه أو غصبه مالاً وشهد آخر أنه أقر بذلك، فهي شهادة واحدة ويقضى له.

من كتاب القذف وغيره: وإن شهد شاهد أن فلاناً ذبح فلاناً وشهد آخر أنه أحرقه بالنار، فالشهادة مختلفة، لأنهما فعلان، واختلافهما في القول بخلاف ذلك[5].

فلو شهد شاهد أنه سمعه[6] يوم الأحد يطلق أو يحلف بالطلاق على فعل كذا، وشهد آخر أنه سمع ذلك منه يوم الجمعة؛ كانت شهادة واحدة[7].

ولو شهد واحد أنه حلف ألا يدخل الدار، وشهد آخر أنه حلف ألا يلبس الثوب وشهد سواهما أنه دخل الدار[8]، ولبس الثوب[9]؛ فلا شيء عليه، لاختلاف الفعلين[10].

ومن كتاب[11] الشفعة: وإذا كانت الدار[12] بيد أحد رجلين فأقام كل واحد

---

(1) انظر: المدونة: 9/70، 71.

(2) قوله: (دينا) زيادة من (ف2)، والمثبت موافق لما في تهذيب البراذعي: 3/592

(3) قوله: (دينارا) ساقط من (ش).

(4) في (ن): (خمسين).

(5) انظر: المدونة: 11/27.

(6) في (ن): (سمع).

(7) انظر: المدونة: 5/71.

(8) قوله: (الدار) ساقط من (ف2).

(9) قوله: (الثوب) ساقط من (ن).

(10) في (ش): (الفعل).

(11) قوله: (كتاب) ساقط من (ن).

(12) في (ن): (داراً).

منهما بينة أنه ابتاعها من الآخر؛ قضيت بأعدلهما، فإن تكافأتا بقيت الدار لمن هي بيده[1].

قال يحيى: ليس من التكاذب فأقضي بأعدلهما، لأنه يمكن أن يبيعها منه ثم يبتاعها منه، ولكن تبقى لمن هي بيده، وإن كانت إحدى[2] البينتين أعدل.

ومن كتاب الديات: وإذا شهد شاهد أن رجلاً قتل فلاناً بالسيف، وشهد آخر أنه قتله بالحجر، فالشهادة باطلة[3]، ولا قسامة في ذلك[4].

قال سحنون: هذا إذا ادعى الولي شهادتيهما[5]، وأما إن ادعى شهادة أحدهما وطرح قول الآخر، فله رد[6] ذلك وتجب القسامة[7].

قال عبد الله[8]: والقول في اختلاف البينات، قد جرى منه في غير موضع مضاف إلى الفن الذي جرى ذلك فيه من البيوع والأكرية وكتاب النساء وكتاب الغصب وكتاب الحدود وغيرها من الأقضية، وتركت مسألة[9] المأمور بالدفع يدعي أنه دفع، وقول القابض[10] قبضت وضاع مني، أو يدفع الدافع إلى غير معينين، وذلك كله مذكور في الوكالات.

---

(1) انظر: المدونة: 436/9.

(2) في (ن): (أحد).

(3) في (ن): (باطل).

(4) انظر: المدونة: 409/11.

(5) في (ن): (شهادتها).

(6) قوله: (رد) ساقط من (ف2).

(7) انظر: النوادر والزيادات: 94/9.

(8) قوله: (قال عبد الله) زيادة من (ف2)، وهو ابن أبي زيد رحمه الله.

(9) في (ن): (لمسألة).

(10) قوله: (قول القابض) ساقط من (ش).

في رجوع البينة بعد الحكم أو قبله أو يظهر أن أحدهم عبد[1] أو مسخوط من غير[2] كتاب من المدونة وغيرها

روى المغيرة عن ابن أبي ذئب أن رسول الله ﷺ قال في شاهد شهد ثم رجع عن شهادته بعد أن حكم بها رسول الله ﷺ، فقال عليه السلام: «**تمضي شهادته الأولى لأهلها[3] وهي الشهادة، والآخرة باطلة[4]**».

فأخذ بذلك مالك وغيره، قال ابن المواز: ولم يحفظ أصحاب مالك عنه في غرم[5] الشاهد جواباً، إلا أن جميع أصحابه يرون أن يغرم ما أتلف بشهادته إذا أقر بتعمد الزور، وقاله[6] عبد العزيز بن أبي سلمة، قال عبد الملك بن[7] الماجشون: وإن رجع ولم يقر بالتعمد لم يغرم[8].

قال[9] ابن القاسم وأشهب: إن شهدا على رجل بحقٍّ أو حدٍّ، ثم قبل الحكم قالا: بل هو رجل غيره، وقد وهمنا؛ لم يقبلا في الأولى ولا في الآخرة[10].

وقال ابن القاسم: إذا رجع الشاهدان قبل الحكم، ولهما عذر بين يعرف به صدقهما، وكانا بيني العدالة؛ أقيلا وجازت شهادتهما بعد ذلك، فإن[11] لم يتبين

---

(1) في (ن): (شهدا).

(2) قوله: (غير) ساقط من (ف2).

(3) قوله: (تمضي شهادته الأولى لأهلها) يقابله في (ش): (يمضي بشهادة الأول).

(4) قوله: (والآخرة باطلة) يقابله في (ن): (والأخرى باطل)، وفي (ف2): (والآخرة باطل).

(5) في (ش): (عدم).

(6) في (ن): (وقال).

(7) قوله: (عبد الملك بن) يقابله في (ف2): (ابن).

(8) انظر: النوادر والزيادات: 8/435، وما بعدها.

(9) قوله: (قال) ساقط من (ن).

(10) انظر: النوادر والزيادات: 8/438.

(11) في (ن): (وإن).

صدقهما؛ لم يقبلا فيما يستقبلان، ولو أدبا لكانا لذلك [(ش: 53/ب)] أهلاً[1].

وقال في كتاب الأقضية: وإذا[2] استقال الشاهد بعد الحكم؛ لم يقل، ولا تجوز شهادته فيما يستقبل، وإن[3] استقال قبل[4] الحكم وادعى وهماً، وجاء[5] بشبهة؛ أُقيل[6]، ولا تبطل شهادته إلا أن يعرف كذبه فيما جاء به، فيرد[7] في هذا وفي غيره[8].

ومن كتاب القطع وغيره: و[9] إذا رجعا[10] بعد الحكم في دين أو عتق أو طلاق، أو قصاص أو حد أو غير ذلك، فإنهما يضمنان الدين، ويضمنان العقل في القصاص في أموالهما، ويضمنان قيمة المعتق، وفي الطلاق إن دخل بالزوجة؛ فلا شيء عليهما، وإن لم يدخل؛ ضمنا نصف الصداق للزوج، وإذا شهدا[11] على نسب ثم رجعا بعد الحكم؛ ثبت النسب ولم يرد[12].

وإذا رجع شهود الزنا بعد الرجم؛ حدوا، وكانت الدية في أموالهم، وإن رجع واحد جلد وحده[13]، وغرم ربع الدية، وإن رجع قبل الرجم و[14] الحد حد

---

(1) انظر: النوادر والزيادات: 8/439.

(2) في (ش): (إذا).

(3) في (ن): (فإن).

(4) في (ش): (بعد).

(5) في (ش): (جاء).

(6) في(ن)، (ش): (قيل). والمثبت موافق لما في تهذيب البراذعي: 3/576.

(7) في (ن): (ترد).

(8) انظر: المدونة: 8/504 و505.

(9) قوله: (و) ساقط من (ش).

(10) في (ف2): (رجعا). والمثبت موافق لما في تهذيب البراذعي: 4/444.

(11) في (ف2): (شهد).

(12) انظر: المدونة: 11/140.

(13) في (ش): (وحد).

(14) في (ن): (أو).

الأربعة[1]، وكذلك إن ظهر أن أحدهم عبد أو مسخوط قبل الحكم (وإن شهد أربعة بالزنا فقضي برجم أو جلد، ثم تبين أن أحدهم عبد، فإنهم يجلدون كلهم، وإن كان أحدهم مسخوطاً لم يحد أحد منهم، لأنها شهادة ثبتت باجتهاد إمام على ظاهر العدالة، والعبد لم تكن شهادته ثبتت، وذلك من خطأ الإمام، فإن لم يعلم الشهود به فذلك على عاقلة الإمام، وإن علموا به[2] فذلك على الشهود في أموالهم)[3]، ولو قضى بشاهدين في مال، ثم تبين أن أحدهما عبد[4] أو مسخوط، أو ممن لا تجوز شهادته؛ حلف الطالب مع الحر العدل[5] ونفذ[6] حكمه، فإن نكل؛ حلف المطلوب واسترجع المال[7].

وقال أشهب: إن كان أحدهما مسخوطاً؛ فالحكم ماض ولا يمين على المحكوم له.

ومن كتاب الشهادات -ولم[8] يروه يحيى-: وإذا قضى بعبدين ثم علم بعد الحكم رد حكمه، وكذلك بمسخوطين[9].

قال سحنون: لا يرده في المسخوطين[10].

وإن شهدا[11] عليه بقطع يد رجل فاقتص منه، ثم تبين أن أحدهما عبد أو

---

(1) قوله: (الأربعة) ساقط من (ن).

(2) قوله: (به) ساقط من (ف2).

(3) (ما بين القوسين) جاء في (ن) بعد قول: (على متولي القطع شيء، وهذا من خطأ الإمام).

(4) في (ف2): (عبدا).

(5) قوله: (الحر العدل) يقابله في (ش): (شاهده الباقي).

(6) في (ف2): (فنفذ)، والمثبت في المسألة موافق لما في تهذيب البراذعي: 4/405

(7) انظر: المدونة: 11/66، 67.

(8) في (ش) و(ن): (لم).

(9) في (ن): (مسخوطين)، وفي (ف2): (المسخوطان).

(10) انظر: النوادر والزيادات: 8/225.

(11) في (ش): (شهد).

مسخوط[1] أو ممن لا تجوز شهادته[2] لم يكن على متولي القطع شيء، وهذا من خطإ الإمام[3].

تم كتاب الشهادات[4]

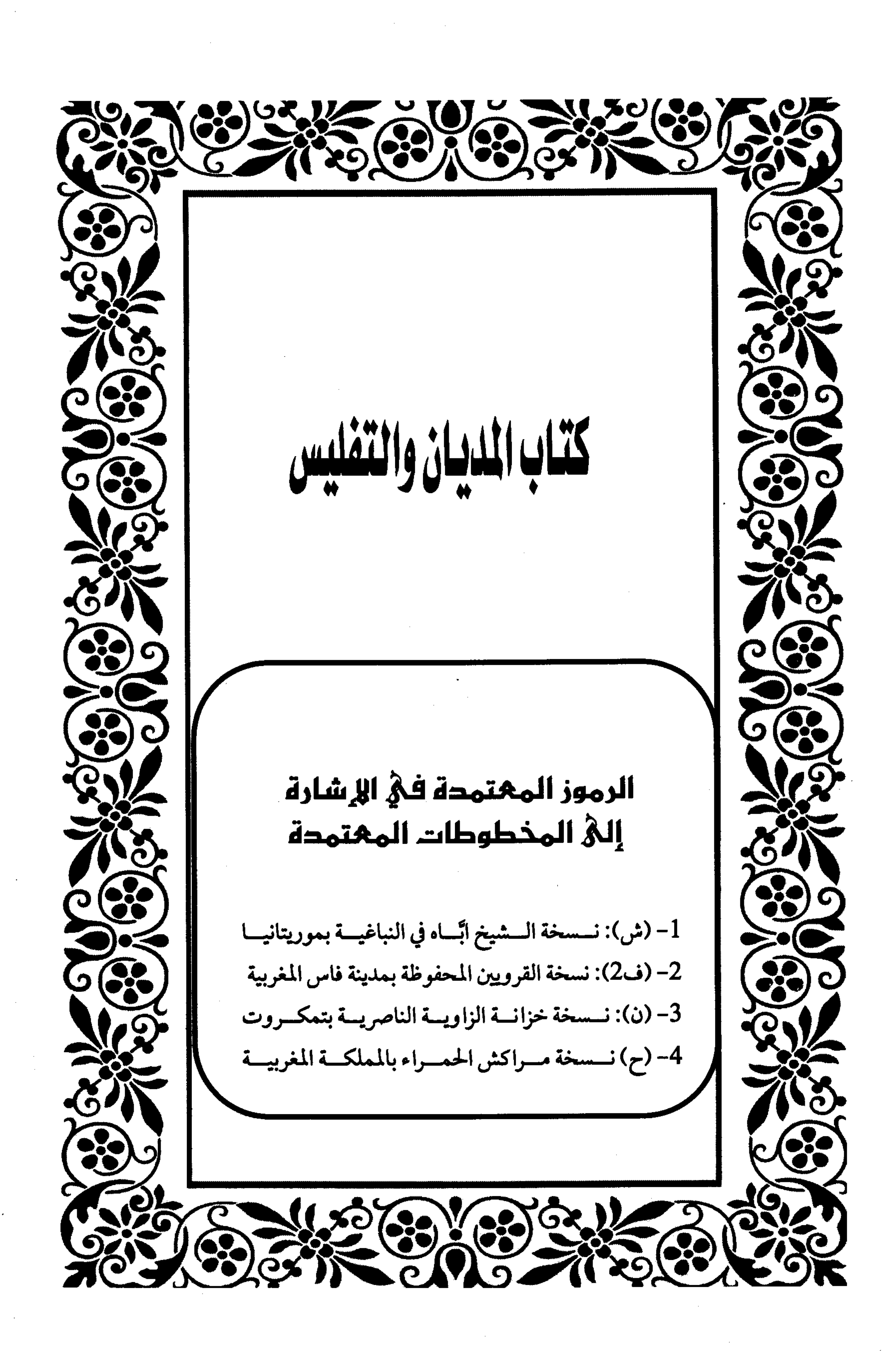


(1) قوله: (أو مسخوط) ساقط من (ش).

(2) قوله: (أو ممن لا تجوز شهادته) ساقط من (ف2).

(3) انظر: المدونة: 11/67، 68.

(4) قوله: (تم كتاب الشهادات) زيادة من (ف2).



كتاب المديان والتفليس

الرموز المعتمدة في الإشارة إلى المخطوطات المعتمدة

1- (ش): نسخة الشيخ أبّاه في النباغية بموريتانيا

2- (ف2): نسخة القرويين المحفوظة بمدينة فاس المغربية

3- (ن): نسخة خزانة الزاوية الناصرية بتمكروت

4- (ح) نسخة مراكش الحمراء بالمملكة المغربية



اختصار[1] كتاب المديان والتفليس[2]

بما دخل من[3] أحدهما في الآخر
في حبس المديان والقيام بتفليسه وحلول المؤجل
من دينه ومحاصة غرمائه وإقراره بالديون[4]
من كتاب المديان والتفليس[5]

قال مالك: الأمر الذي لا اختلاف فيه عندنا أن الحر إذا فلس لا يؤاجر.

قال ابن القاسم: ولا يستعمل.

قال مالك: يقول الله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [سورة البقرة آية: 280][6].

---

(1) قوله: (اختصار) زيادة من (ف2).

(2) عياض: ومعنى التفليس: العُدم، وأصله من الفلوس؛ أي أنه صاحب فلوس بعد أن كان صاحب ذهب، وفضة ثم استعمل في كل من عدم المال؛ وكذا يقال: أفلس الرجل - بفتح اللام - فهو مفلس، وأصل تسمية المديان والدين من الذلة، يقال: دان له، إذا أطاعه، ومنه الحديث: الكيس من دان نفسه أي أذلها.

والدين مذلة على من هو عليه، وقد استعاذ النبي ﷺ منه، قال أهل اللغة: الدين ما له أجل والقرض ما لا أجل له، ثم استعمل في الجميع، والإلداد واللدد: شدة الخصومة قال الله تعالى: ﴿قَوْمًا لُّدًّا﴾ [سورة مريم آية: 97]، وهو مأخوذ من لديدي الوادي وهما جانباه، كأنه يرجع من هذا الجانب إلى هذا الجانب كما يرجع من حجة إلى حجة.

وقيل: من لديدي الفم، وهما جانباه لإعمالها في الكلام، وفي الخصومة، وقد يكون اللدد - أيضاً - من التلدد وهو التحير؛ لأنه بحجته يحير... خصمه ويبهته. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2207، 2208.

(3) قوله: (من) ساقط من (ن).

(4) في (ن): (بالدين).

(5) قوله: (من كتاب المديان والتفليس) زيادة من (ف2).

(6) انظر: المدونة: 9/96 و 98.

ولم يزد رسول الله ﷺ غرماء معاذ على أن خلع لهم ماله(1).

ولا يحبس الحر أو(2) العبد إذا لم يتبين لدده(3)، ولا اتهم أن يكون غيب ماله، ولكن يستبرأ(4) أمره، إلا أن يحبسه قدر تلومه في اختباره وكشف ماله(5)، أو يأخذ [(ش: 54/أ)] عليه حميلاً لذلك، وإذا لم يجد له شيئاً، ولا غيب شيئاً لم يحبسه، ويحبس من اتهمه أن يكون غيَّب مالاً(6)، ومثل من يقعد من التجار بأموال

(1) أخرجه أبو داود في مراسيله: 162/1، في المفلس، برقم: 171، والبيهقي في سننه الكبرى: 50/6، في باب لا يؤاجر الحر في دين عليه ولا يلازم إذا لم يوجد له شيء، من كتاب التفليس، برقم: 11051، والدارقطني: 230/4، برقم: 95.

(2) في (ن): (و).

(3) عياض: والإلداد واللدد: شدة الخصومة. قال الله تعالى: ﴿فَإِنَّمَا يَسَّرْنَٰهُ بِلِسَانِكَ لِتُبَشِّرَ بِهِ ٱلْمُتَّقِينَ وَتُنذِرَ بِهِۦ قَوْمًا لُّدًّا﴾ [سورة مريم آية: 97]، وهو مأخوذ من لديدي الوادي وهما جانباه، كأنه يرجع من هذا الجانب إلى هذا الجانب كما يرجع من حجة إلى حجة، وقيل: من لديدي الفم، وهما جانباه؛ لإعمالها في الكلام، وفي الخصومة، وقد يكون اللدد أيضاً من التلدد وهو التحير؛ لأنه بحجته يحير خصمه ويبهته. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2207.

(4) في (ن): (ليستبرأ).

(5) في (ف2): (حاله).

(6) عياض: وقوله في الكتاب: (إلا أن يحبسه قدر ما يتلوم له من اختباره، ومعرفة حاله أو يأخذ عليه حميلاً)، كذا رويناه، وحكى أبو عِمرَان أنه روى وكيلاً والصواب رواية من روى أو حميلاً ولا فائدة في جمعها، ولم يبين ما الحميل هنا، بالوجه أو بالمال؟ والصواب أن يكون -... هنا - بالوجه نص عليه أبو عِمرَان، وأبو إسحاق وغيرهما من شيوخنا القرويين والأندلسيين، ولا يقتضي النظر سواه؛ لأن هذا لم يثبت أنه ملي ولا أنه غيب مالاً فيعاقب عليه بالسجن والأدب ولا قويت عليه التهمة بذلك فيستبرأ أمره بسجنه والتضييق عليه لعله يخرج منه فيخرج ما عنده، وإنما كان سجن هذا توقيفاً له؛ لتكشف حقيقة حاله، وليستخبر باطنه فإذا أعطى حميلاً بالوجه إلى مدة الاختبار التي حبسها مثلها كذلك توصلنا من الكشف لما نريده، فإن ظهر له وجه الشدة عليه أمكننا منه الحميل، وإن لم يحضره غرم المال لأجل اليمين الواجبة عليه إذا أحضرهن وإن أحضره عند الأجل، ولم يظهر له مال حلفناه، وسرحناه وإن لم يأت بحميل إلا إلى دون الاختبار أخذ منه فإذا أحضره للأجل الذي ضمنه إليه ولم ينكشف من أمره شيء سجن إلا أن يأتي بحميل آخر إلى مقتضى الأجل، وهذا الحميل ويقضي على صاحب الدين أن يأخذه إذا بدا له الغريم. وأما الآخر المتهم بإخفاء المال، فلا

الناس[1]، ويقول: ذهبت مني، ولا يعلم أهل موضعه أنه أجيح بجائحة، أو بحريق، أو سرقة[2]، ونحو ذلك فإنهم يحبسون[3].

ومن كتاب ابن المواز: قيل لمالك: فالذي[4] يزعم أنه أجيح، ويشهد له أناس[5] =

يؤخذ منه حميل بالوجه، كذا نص عليه سحنون، قال: ويؤخذ منه بالمال.

وعن ابن القاسم يؤخذ منه الحميل، وإن طلب أخذ الحميل منه؛ ليخرج في طلب منافعه ويرجع إلى السجن إن عجز أخذه منه، وحمل بعضهم المسألة على الخلاف بين ابن القاسم، وسحنون، وقال غيره: إن سحنون إنما يأخذه منه؛ لأنه عنده مالك... ظاهر الملاء، وقال بعض من لقينا من شيوخنا: إنه لا يؤخذ من هذا، وأما المعلوم بالملاء الملد الظالم، فهذا لا يؤخذ منه حميل، إلا أن يعطي حميلا يغرم المال للآمر الذي نض مثله فيه إحضار المال بقدر يسره من الناض أوالعرض على المكلف في هذا هل يؤجل له أو لا يؤجل؟.

والصواب أنه إن كان يعرف بالناض وأخفاه، فلا يؤجل هذا ساعة وإن لم يعرف بالناض فهذا يؤجل بمقدار ما يبيع عروضه على اختلاف آجالها على ظاهر الروايات، وعند كثير من الشيوخ، وقال آخرون: لا تؤجل ويباع عليه لحينه، واختلف هل يحلف هذا على إخفاء الناض إذا لم يكن معروفا به؟ فقيل: يحلف، وهو مذهب ابن دحون، وقيل: لا يحلف، وهو مذهب أبي علي الحداد، وقيل: إن كان من التجار حلف، وهو قول ابن زرب، ولا يحلف إن لم يكن تاجرا، والخلاف في هذا مبني على الخلاف في يمين التهمة، واختلف هل يؤخذ من هذا حميل بالمال؟ أو يسجن حتى يبيع، وإن كان صاحبالعروض غير ملد وسأل غيره تأخيره إلى بيع عروضه، وسأل أن يعطي حميلاً إلى أن يبيعها، فقد اختلف في هذا أيضاً، فذهب كثير منهم إلى أنه لا يلزمه حميل بالمال.

وفي رواية أبي زيد عن ابن القاسم نحوه فيمن عرف له مال غائب ليس عليه حميل، إلا أن يخشى أن يموت أو يغيب عنهم.

قال أبو عبد الله بن عتاب: وهي رواية ضعيفة، وذهب معظم الشيوخ في المسألة إلى أنه يعطي حميلاً بالمال إلى أن يبيع أو يسجن ومثله لسحنون في كتاب ابنه. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2208، وما بعدها.

(1) في (ن): (للناس).

(2) في (ف2): (بسرقة).

(3) انظر: المدونة: 9/95.

(4) في (ن): (في الذي).

(5) في (ن): (ناس) و(ف2).

أنه لا شيء عنده، قال: كيف يعرفون أنه لا شيء عنده، أرى[1] أن يسجن ولا يعجل بسراحه[2].

ومن المدونة: وإذا حبس لتهمة أو للدد؛ لم يكن لطول ذلك عندي حد، ولكن يحبس حتى يقضي، أو يتبين عدمه، فإن تبين عدمه أطلق، ثم ليس[3] لرب الدين ملازمته ومنعه من تصرفه، ولا أن يوكل به من يلازمه[4].

وروي أن[5] أبا بكر وعمر كانا يستحلفانه أنه ما يجد قضاء في قرض[6]، أو عرض، وأنه إن وجد ليقضين، قال: ويحبس فيما ذكرنا النساء، والعبيد، ومن فيه بقية رق، وأهل الذمة، وأحد الزوجين لصاحبه، والولد في دين الأبوين ولا يحبسان في دينه.

وقد قال مالك[7]: لا أرى أن يحلف الأب للابن في دعواه[8].

قال: فإن استحلفه فهي جرحة على الابن، وإن لم أحبس الأبوين للولد فلا أظلم الولد لهما.

قال: ويحبس له[9] سواهما من الجدود والأقارب.

وتحبس النساء في القصاص والحدود، ويحبس السيد في دين مكاتبه إن لدَّ به[10]، ولا يحبس مكاتب يعجز عن كتابته إذ ليست في ذمته ولكن يتلوم له.

---

(1) في (ن): (وأرى).

(2) في (ف2): (سراحه)، وانظر المسألة في: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 16/10، والتبصرة، للخمي، ص: 5543.

(3) قوله: (ليس) ساقط من (ش).

(4) انظر: المدونة: 9/95.

(5) قوله: (أن) ساقط من (ش).

(6) في (ن): (فرض)، والمثبت موافق لما في المدونة.

(7) قوله: (مالك) ساقط من (ش).

(8) انظر: المدونة: 9/96 و97.

(9) في (ش): (لهما).

(10) قوله: (به) ساقط من (ن).

وإذا قام رجل واحد بالمديان فله أن يفلسه كقيام الجماعة، وإن أقر حينئذ بدين لغائب لم يصدق إلا أن يقر به[1] قبل التفليس أو تقوم بينة للمقر له فيحاص للغائب ويعزل حظه[2].

قال عبد الله[3]: وبعد هذا بقية القول في إقراره.

قال: ويبيع[4] الإمام ما ظهر له من مال فيتوزعه غرماؤه ويحبس[5] فيما بقي إن تبين لدده أو اتهم[6].

وإن طلب بعض الغرماء تفليسه وحبسه وتركه[7] بعضهم حبس لمن أراد حبسه إن تبين لدده.

ثم إن شاء الآخرون الحصاصَ في ماله فذلك لهم ثم لهم[8] قبض ما صار[9] لهم أو إبقاؤه[10] بيده فإن أقروه بيده لم يكن للآخرين أخذه في بقية دينهم إلا أن يربح[11] فيه أو يفيد سواه فلهم[12] القيامُ في الربح أو في الفائدة مع سائر غرمائه يتحاصون[13] في ذلك هؤلاء ببقية دينهم، ويحسب على الرادين ما بيده مما ردُّوه[14] إليه كمن عامله

(1) قوله: (به) زيادة من (ف2).

(2) في (ش): (حقه).

(3) قوله: (قال عبد الله) زيادة من (ن).

(4) في (ن) و(ف2): (ويتبع)، والمثبت موافق لما في المدونة.

(5) في (ف2): (ويحبسه).

(6) انظر: المدونة: 135/9.

(7) قوله: (وتركه) ساقط من (ن).

(8) قوله: (ثم لهم) ساقط من (ش).

(9) في (ش): (كان).

(10) في (ف2) و(ن): (إيقافه)، والمثبت موافق لما في تهذيب البراذعي.

(11) في (ن): (يولج).

(12) في (ش): (فله).

(13) في (ن): (ويتحاصون).

(14) في (ش): (ردوا).

بعده[1] أو ما بقي منه إن هلك منه[2] شيء وكان حصاصهم في فائدة من غير ربحه[3]، ثم يضربون مع الآخرين بما بقي لهم[4].

ولو هلك كله ضربوا معهم في الفوائد بدينهم أجمع؛ لأنهم[5] فيما ردُّوه[6] إليه كمن عامله بعد التفليس فيكون من عامله آخرًا أولى بما في يديه[7] بقدر ما داينوه به[8]؛ ويدخل في ذلك من ردّ إليه شيئاً من الأولين بقدر ما رد لا بجميع دينه.

فإن كان ما[9] بيده الآن عرضٌ قوّم، فما[10] فضل فيه[11] من ربح[12] عن قدر ذلك كله تحاص[13] فيه من بقي له شيء من[14] الأولين ممن رد وممن لم يرد.

ولو نقص ما ردوا إليه أو داينوه به[15] بعد التفليس وقد أفاد فائدة بغير الربح؛ تحاصوا فيها بما نقص هذا وببقية ما تقدم لهم ولغيرهم.

قال ربيعة: من داينه بعد التفليس أولى بالحصاص فيما في يده[16] ممن فلسه أولاً إلا أن يفضل ربح بعد تمام حق الآخرين؛ فذلك للأولين أو يفيد فائدة من مورث [(ش:

---

(1) قوله: (كمن عامله بعده) زيادة من (ف2).
(2) قوله: (إن هلك منه) ساقط من (ن).
(3) في (ف2): (ربح).
(4) انظر: المدونة: 138/9.
(5) قوله: (لأنهم) ساقط من (ن).
(6) في (ش): (ردوا).
(7) قوله: (في يديه) يقابله في (ف2): (في يده)، وفي (ش): (بيده).
(8) قوله: (به) ساقط من (ن).
(9) قوله: (ما) ساقط من (ش).
(10) في (ش): (بها).
(11) قوله: (فيه) زيادة من (ش).
(12) في (ف2): (الربح).
(13) في (ش): (لحاص).
(14) في (ن): (بشيء ممن).
(15) قوله: (به) زيادة من (ف2).
(16) قوله: (في يده) يقابله في (ش): (بيده).

54/ب)] أو أرش جرح[1]، أو هبة، أو صدقة، أو وصية أوصي له بها، أو من غير ذلك، فيدخل فيه من تقدم أو تأخر[2].

ومن غير المدونة، قال ابن وهب عن مالك: من[3] قام بدين على غائب، - ولعله كثير المداينة لغير من حضر -، فأرى أن يباع عرضه لمن حضر ويقضى، وليس كالميت في الاستيناء؛ لاجتماع من يطرأ[4] من غرمائه؛ لبقاء ذمة[5] هذا، وزوال ذمة الميت[6].

ومن المدونة: وجعله غيره كالميت، ويستأنى بأمره إن كان معروفاً بالدين[7].

قال[8] محمد عن أشهب وابن القاسم: في البعيد الغيبة لا يعرف ملاؤه من عدمه: إنه يفلس، ويحل المؤجل من دينه.

قال ابن القاسم: فإن[9] عرف ملاؤه؛ لم يفلس ولا يقضى إلا لمن حل دينه.

قال أشهب: بل يفلس إذ لا يدرى ما حدث عليه.

قال ابن القاسم: وأما القريب الغيبة على مثل الأيام؛ فليُكتب في كشف أمره حتى

---

(1) في (ش): (حرام).

والأَرْش من الجراحات: ما ليس له قدر معلوم، وقيل: هو دِيَةُ الجراحات. انظر لسان العرب، لابن منظور: 6/263.

(2) انظر: المدونة: 9/142.

(3) في (ن): (ومن).

(4) زاد بعده من (ش) قوله: (لا).

(5) في (ش): (ذمته).

(6) انظر: النوادر والزيادات: 10/14، وانظر: تهذيب البراذعي -وهي ليست في المدونة-: 3/635، 636.

(قال ابن وهب: قال مالك: ومن قام بدين على غائب - ولعله كثير المداينة لغير من حضر - فأرى أن تباع عروضه لمن حضر، ويقضى، وليس كالميت في الاستيناء لاجتماع من يطرأ من غرمائه لبقاء ذمة هذا وزوال ذمة الميت، وجعله غيره كالميت، ويستأنى بأمره إن كان معروفاً بالدين).

(7) انظر: المدونة: 9/131.

(8) قوله: (قال) ساقط من (ن).

(9) في (ف2): (وإن).

يُعرف ملاؤه من عدمه، فيفلس[1] أو لا يفلس[2].

ومن المدونة قال[3] مالك: ويستأنى بقسم مال الميت المعروف بالدين لاجتماع بقية غرمائه، وكذلك إن مات في غيبته، وإن لم يعرف بالدين؛ قضي من حضر ولم ينتظر به.

قال[4] ابن القاسم: ومن كان من غرماء الحي حاضراً عالماً بتفليسه[5]، فلم يقم مع من قام؛ فلا رجوع له على الغرماء، وذلك رضاً منه ببقاء دينه في ذمته، كعلمهم بعتقه وسكوتهم[6] عليه[7]، وقيل: توقف لهم حقوقهم كالغائب[8]، إلا أن يتبين من الحاضر[9] ترك لدينه[10] في ذمته، ورضي بما قبض غيره[11].

ويحاص من قضي له في دينه بشاهد ويمين مع من قضي له بشاهدين.

---

(1) في (ن): (فليفلس).

(2) انظر: النوادر والزيادات: 14/10.

(3) قوله: (قال) ساقط من (ن).

(4) قوله: (قال) ساقط من (ن).

(5) عياض: وقوله: (ومن كان من غرماء الميت حاضراً عالماً بتفليسه فلم يقم فلا رجوع له على الغرماء) وقيل: يوقف لهم حقوقهم، كالعيب إلا أن يتبين منه ترك لدينه في ذمة الغريم، قالوا: معنى ذلك على ذلك القول أنهم حضور بالبلد، ولم يحضروا مشاهدة القسمة، ولو شاهدوها لم يكن لهم رجوع؛ لقوله: (إلا أن يتبين منه ترك لدينه)، قالوا: وفي قوله: (عالما بتفليسه)، وتخصيصه المسألة بالمجلس دليل الفرق بين الفلس والموت وأنهم في الموت يقومون لو رأوا ماله يباع، كما قال سحنون في العتبية وتفريقه بين الموت والفلس؛ لأن المفلس ذمته باقية، وذمة الميت منقطعة. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2230، 2231.

(6) في (ف2): (وكسكوتهم).

(7) قوله: (عليه) ساقط من (ن)، وفي (ف2): (عنه).

(8) في (ف2): (كالغياب)، والمثبت موافق لما في المدونة.

(9) قوله: (إلا أن يتبين من الحاضر) يقابله في(ش): (أما أن يتبين من الحاص)، والمثبت موافق لما في المدونة.

(10) في (ش): (لدينك).

(11) انظر: المدونة: 132/9.

وما كان على مفلس، أو ميت من دين مؤجل؛ فإنه يحل حينئذ، وما كان له هو[1] من دين مؤجل؛ فهو إلى أجله، وللغرماء بيعه الآن.

ومن بيده من غرمائه رهن؛ فهو أحق به إلى مبلغ دينه، فإن نقص عنه؛ حاص بما بقي له، وإن كان الرهن مما لا يباع حين الحصاص، كزرع أخضر، حاصص[2] المرتهن بجميع دينه الآن وترك الزرع الآن[3]، فإذا[4] حل بيعه بيع، فإن كان ثمنه مثل دينه، أو أزيد منه قبض منه دينه، ورد زيادة إن كانت مع ما كان أخذ في الحصاص، فكان بين الغرماء، وإن كان ثمنه أقل من دينه؛ نظر ما بقي له إلى ما بقي من دينه بعد مبلغ ثمن الزرع[5]، فعلمت أن بمثله كان يجب له الحصاص أولاً، فما وقع[6] له على[7] ذلك فليحسبه[8] مما كان قبض، ويرد ما بقي يتحاص فيه الغرماء[9].

قال يحيى بن عمر: ينظر فإن كان[10] بيد كل غريم في الحصاص الأول نصف حقه، أو ثلثه؛ فليحبس هذا مما بيده قدر نصف أو ثلث ما نقص ثمن الزرع عن دينه، ويرد ما بقي يتحاص فيه هو وهم بقدر ما بقي لكل واحد، ولا يضرب للعبد[11] مع غرماء سيده بدينه عليه[12]؛ لأنه يباع لهم[13]، إلا أن يكون على العبد دين؛ فإنه

(1) قوله: (هو) ساقط من (ف2).
(2) في (ش): (حاص).
(3) قوله: (الآن) زيادة من (ن).
(4) في (ن): (وإذا).
(5) قوله: (إلى ما بقي من دينه بعد مبلغ ثمن الزرع) ساقط من (ش) و(ن).
(6) قوله: (فما وقع) يقابله في (ن): (فأوقع).
(7) في (ف2): (من).
(8) في (ش): (فليحبسه).
(9) انظر: المدونة: 9/146، 147.
(10) في (ن): (صار).
(11) في (ن): (العبد).
(12) قوله: (عليه) زيادة من (ن).
(13) قوله: (لهم) ساقط من (ن).

يضرب، ويكون[1] غرماؤه أحق بما وقع له وبما في يده[2]،ويتبعون ذمته بما[3] بقي لهم، وتباع رقبته لغرماء السيد[4].

[قال أبو محمد:[5] قوله: يباع العبد لغرماء سيده، يتبين لي أنه يدخل معهم في ثمن رقبته؛ لأنه أحد غرمائه، ولأنَّ على العبد ديناً، فإذا وجب أن يضرب مع غرماء سيده؛ لأنه منهم، كان ما وقع له في[6] الحصاص لغرمائه][7].

ومن آخر كتاب الحمالة، لابن المواز قال[8] مثل هذا.

عن[9] ابن القاسم: في عبد ضمن عن سيده مائة لرجل، ففلس العبد، فحاص[10] مع غرمائه، فوقع له خمسون، فإنه يرجع بخمسين على السيد، ويرجع بقية غرماء العبد [(ش: 55/أ)] على السيد بما وجب للعبد على سيده مما أدَّى عنه، فإن لم يوجد له غير

---

(1) في (ش) و(ف2): (يكون).

(2) في (ن): (يديه).

(3) في (ن): (فيها).

(4) عياض: وقوله: (إن كان لي عبد وله علي دين وعلى عبدي دين لأجنبي، وعليدينٌ لأجنبي ففلسوني، فإن العبد يضرب مع الغرماء بدينه، قال: ويكون غرماء العبد أولى بما ضرب به العبد وما بقي في يديه من مال ثم قال: وتكون رقبة العبد لغرماء السيد).
يحتج به من ذهب من الشيوخ إلى أنه لا يدخل العبد فيما يحاصص في ثمن رقبته وإنما يختص بذلك غرماء سيده، وإليه ذهب ابن شَبْلون، وهو ظاهر من قوله: وتكون رقبة العبد لغرماء السيد.
وحمل أبو محمد وغيره المسألة على أنه يضرب بدينه في رقبته... كسائر الغرماء. واحتج بما وقع من مثل هذا في كتاب محمد، وهو ظاهر كلام ابن أبي زمنين؛ لأنه ذكر المسألة مجملة، ولم يذكر قوله: (وتكون رقبة العبد لغرماء السيد) جعله غيرهم خلافا للمدونة. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2232، 2233.

(5) قوله: (قال أبو محمد) ساقط من (ف2).

(6) في (ف2): (من).

(7) ما بين المعكوفتين ساقط من (ش).

(8) قوله: (قال) زيادة من (ف2).

(9) في (ن): (قال غير).

(10) في (ن): (تحاص).

العبد؛ بيع العبد لهم أجمعين، ودخل في ثمنه غرماء العبد[1] وغرماء سيده[2].

ومن المدونة: و[3] لا بأس للسيد بمبايعة عبده المأذون له[4]، ويضرب بدينه مع غرمائه، وكذلك بدينه على مكاتبه من غير الكتابة، ولا يضرب بالكتابة في موت ولا[5] فلس، وإن ارتد رجل ولحق[6] بدار الحرب وعليه دين، ثم قاتل فقتل وفتحت البلاد وظفر بماله؛ فغرماؤه أحق بماله، ولا يكون[7] في المقاسم إلا ما فضل عن دينهم[8].

وليس للغرماء أن يجبروا المفلس على انتزاع مال أم ولده أو مدبره، وله انتزاعه إن شاء لقضاء دينه، أو ينتزعه على غير هذا الوجه إن شاء لنفسه، وأما إن مرض ولا دين عليه، فليس له[9] انتزاعه؛ لأنه إنما ينتزعه لورثته، وفي التفليس ينتزعه لنفسه.

وإن فلس المريض؛ لم يؤخذ شيء من يد مدبره، حتى إذا مات بيع المدبر بماله إن أحاط الدين به[10].

قال في كتاب الديات، قال مالك: إذا[11] فلست المرأة، ثم تزوجت وأخذت مهراً؛ فليس لغرمائها فيه قيام بدينهم، ولا تقضي[12] منه ديناً، إلا الشيء[13] الخفيف

---

(1) قوله: (بيع العبد... غرماء العبد) زيادة من (ن).

(2) انظر: النوادر والزيادات: 10/90.

(3) قوله: (و) زيادة من (ن).

(4) قوله: (له) ساقط من (ن).

(5) في (ن): (أو).

(6) في (ش): (وألحق).

(7) في (ف2): (تكون).

(8) انظر: المدونة: 9/154، 155.

(9) قوله: (له) ساقط من (ن).

(10) انظر: المدونة: 9/152، 153.

(11) في (ف2): (وإذا).

(12) في (ش): (يقضي).

(13) في (ف2): (اليسير).

كالدينار ونحوه[1].

ومن كتاب[2] الزكاة: ويباع على المديان داره، وخادمه، وغير ذلك، من سرجه، وخاتمه، وثوبي جمعته، ما لم تقل قيمتها[3].

قال ابن المواز، عن ابن القاسم: ويترك له عيشه وعيش [(ش: 55/ب)] زوجته وولده الأيام نحو الشهر، وإن لم يوجد له غيره ترك، وتترك له ثيابه إلا أن يكون فيها فضل عن كسوة مثله[4].

قال سَحنون في المستخرجة: ولا يترك[5] له كسوة زوجته[6].

قال مالك في المختصر الكبير: وفي[7] زوجته شك[8]، يعني في كسوتها.

والكفن أولى من الدين، والمرتهن أولى بالرهن من الكفن[9].

---

(1) لم أقف على هذه المسألة في طبعات المدونة التي رجعت إليها، وهي ثلاث طبعات؛ طبعة دولة الإمارات التي نعزو إليها، وطبعة دار السعادة، وطبعة دار الكتب العلمية، وقد أوردها البراذعي في تهذيب المدونة في كتاب الديات: 4/611، كما حددها المؤلف، وأشار أيضاً اللخمي إليها فقال: قال مالك في كتاب الديات: ولا تقضي منه ديناً قبل البناء، إلا الشيء الخفيف؛ الدينار ونحوه، اهـ. وكذلك ابن رشد لها بقوله في البيان والتحصيل: 5/21، قوله: " إنها لا يجوز لها أن تقضي من مهرها ديونها، إلا أن يكون الشيء التافه اليسير، الدينار ونحوه "، ومثل ما قال في كتاب الديات من المدونة. ولمالك في كتاب ابن المواز، إلا أن يكون الشيء اليسير مثل الدينارين والثلاثة. انظر: النوادر والزيادات: 4/496.

(2) قوله: (كتاب) ساقط من (ن).

(3) انظر: المدونة: 2/143.

(4) انظر: النوادر والزيادات: 10/8.

(5) في (ن): (وفي).

(6) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 10/352.

(7) في (ن): (في).

(8) انظر: المختصر، لابن عبد الحكم، ص: 317.

(9) قوله: (قال سحنون في المستخرجة: ولا يترك له كسوة زوجته... من الكفن) يقابله في (ف2): (قال مالك في المختصر الكبير: وفي زوجته شك يعني في كسوتها والكفن أولى من الدين، والمرتهن أولى بالرهن من الكفن. قال سحنون في المستخرجة: ولا يترك له كسوة زوجته).

وانظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 2/226، النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 10/10.

فيمن وجد عين شيئه في فلس، أو موت وفي تفليس المكتري[1]، أو الصناع، أو من اكترى منهم، أو استعملهم

روى أبو هريرة أن الرسول عليه [الصلاة و] السلام، قال: «**أيما رجل أفلس[2] فأدرك رجل ماله بعينه فهو أحق به من غيره**»[3].

وفي حديث آخر: «**فإن مات المشتري فصاحب المتاع أسوة الغرماء**»[4]، وبذلك أخذ مالك، وأهل المدينة: أن بائع السلعة في الفلس أحق بها، وإن لم يكن للمفلس مال غيرها[5].

قال محمد: بجميع الثمن نقصت، أو زادت في سوق، أو بدن.

ولو أسلفه مالاً أو[6] عرضاً، فعرف بعينه في التفليس؛ فربه أسوة الغرماء، وإنما الأثر في البيع.

قال ابن القاسم: في كتاب المأذون: وإن[7] فلس، وقد أسلم رجل إليه مالاً في طعام، أو غيره، فعرف الثمن بعينه ببينة[8] لم تفارقه منذ قبضه فدافعه أحق به، وكذلك لو أسلمه سيد العبد[9] المأذون إليه في سلعة ففلس العبد.

---

(1) في (ن): (المكترين)، وفي (ف2): (المكرين).

(2) في (ش) و(ف2): (فلس).

(3) صحيح، أخرجه مالك في الموطأ: 2/678، في باب ما جاء في افلاس الغريم، من كتاب البيوع، برقم: 1358، أبو داود: 2/309، في باب في الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه عنده، من كتاب الإجارة، برقم: 3520.

(4) صحيح، أبو داود: 2/309، في باب في الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه عنده، من كتاب الإجارة، برقم: 3520.

(5) انظر: المدونة: 9/148.

(6) في (ش) و(ف2): (و).

(7) في (ف2): (فإن).

(8) قوله: (ببينة) ساقط من (ش).

(9) قوله: (العبد) ساقط من (ن).

ومن ابتاع زيتاً فصبه على زيت له بمحضر بينة، فالبائع أحق بمقدار زيته منه في الفلس[1]، وهو كعين قائمة، وكصرّافٍ[2] صَبّ دنانير رجل في كيسه بصرف، أو بيع بمحضر بينة، ثم فلس مكانه.

قال أشهب: يكون في العين أسوة الغرماء[3] وهو أحق بالعروض[4].

ومن التفليس: ومن ابتاع أمة أو غنماً ثم فلس، ثم وجد[5] البائع الأمة قد ولدت، والغنم قد تناسلت، فله أخذ الأمهات والأولاد، كالرد بالعيب، وأما ما كان من غلة، أو صوف جزه، أو لبن حلبه؛ فذلك للمبتاع، وكذلك النخل يجني ثمرها، فهو كالغلة، إلا أن يكون يوم الشراء على ظهور الغنم صوف قد تم، وفي النخل ثمر قد أُبّر[6] واشترط ذلك الثمر، فليس كالغلة[7].

قال يحيى بن عمر[8]: إن جده[9] ثمراً رد مكيلته، وإن جده رطباً[10] رد القيمة[11]، وله في الوجهين أجر سقيه وعلاجه[12].

وقال أشهب: إن جد الثمر، أو جز ذلك الصوف فهما كالغلة[13].

قال ابن القاسم في كتاب[14] الشفعة: ومن ابتاع نخلاً لا ثمر فيها، أو فيها

---

(1) في (ن): (التفليس).
(2) في (ش): (وكصيراف).
(3) قوله: (الغرماء) ساقط من (ن).
(4) انظر: المدونة: 9/165، 166.
(5) قوله: (ثم وجد) يقابله في (ن): (فوجد).
(6) أبر فلان نخله، أي لقحه وأصلحه. انظر: الصحاح، للجوهري: 2/574.
(7) انظر: المدونة: 9/149 و150.
(8) قوله: (ابن عمر) زيادة من (ف2).
(9) في (ن): (أخذه)، وفي (ف2): (جده).
(10) قوله: (وجده رطبا) يقابله في (ن): (جذه بسرا)، وفي (ف2): (جذه رطبا).
(11) انظر: النوادر والزيادات: 7/142.
(12) قوله: (وله في الوجهين أجر سقيه وعلاجه) في (ن) قبل قوله: (قال يحيى إن وجده...).
(13) انظر: المدونة: 9/150.
(14) قوله: (كتاب) ساقط من (ن).

ثمرة مأبورة، فاشترطها، ثم فلس بعد زهو الثمرة أو يبسها؛ فللبائع أخذ النخل بثمرها، إلا أن [(ش: 56/أ)] يدفع إليه الغرماء جميع الثمن، وليس للشفيع أخذها إذا يبست[1].

ومن التفليس: وإن ولدت الأمة عند المبتاع، ثم ماتت وبقي ولدها؛ فللبائع إن شاء المحاصة بجميع الثمن، أو أخذ الولد بجميع دينه، إلا أن يعطيه[2] الغرماء جميع الثمن، أو يضمنوه[3] له -محمد: وهم ثقات، أو يأتوا بضامن ثقة-، ويأخذوا[4] الولد؛ فذلك لهم[5].

محمد: ولو بيع الولد، أو مات، وبقيت الأم، فإن شاء أخذ الأم بجميع الثمن.

قال يحيى: وروي[6] هذا عن ابن القاسم عن مالك[7]، وإن[8] بيعت الأم وبقي الولد أخذ الباقي[9] بحصته من الثمن، كسلعتين في صفقة واحدة[10].

قال يحيى روى هذا ابن وهب، وقال سحنون: ما أدري ما هذا[11].

قال[12] ابن القاسم: وإذا تغيرت الهبة للثواب بيد الموهوب له[13] بزيادة، أو نقص فيبدن، وقد فلس، فللواهب أخذها، إلا أن يرضى الغرماء بدفع قيمة الهبة إليه،

---

(1) انظر: المدونة: 9/449.

(2) في (ن): (يعطوه).

(3) في (ن)، (ش): (يضمنونه).

(4) في (ش): (ويأخذون).

(5) انظر: المدونة: 9/149.

(6) في (ف2): (وروى).

(7) قوله: (عن مالك) ساقط من (ن).

(8) في (ن): (فإن).

(9) في (ف2): (الولد).

(10) قوله: (واحدة) زيادة من (ف2).

(11) انظر: النوادر والزيادات: 10/65، 66.

(12) قوله: (قال) ساقط من (ن).

(13) قوله: (له) ساقط من (ش).

فذلك لهم[1].

قال محمد، قال مالك: ومن وجد سلعته في التفليس، فأراد الغرماء دفع ثمنها إليه[2]؛ فذلك لهم، قال محمد[3] ويقضى بفضلها دين الغريم[4].

وإن هلكت قبل ذلك؛ فهي من الغريم، ودينهم في ذمته، وما فدوها به.

قال أصبغ: ولو وجد بعض السلع[5]، فدفع بعض[6] الغرماء إليه حصة ذلك من الثمن، كانوا أولى منه ومن بقية[7] الغرماء ممن لم يدفع شيئاً بمقدار ما دفعوا في ثمنها، إذا بيعت، فإن كان فيها فضل دخل فيه هم[8] وبائعها بما بقي له من ثمن بقية السلع[9] وسائر الغرماء أجمعين[10].

قال ابن القاسم: والأجير على سقي زرع أو نخل أو أصل، فإن سقاه فهو أحق به في التفليس[11] حتى يستوفي حقه، وهو في الموت أسوة الغرماء[12]، وأما الأجير على رعاية إبل أو رحلتها أو علف الدواب، أو على رحى الماء، فهو أسوة في الموت والفلس[13].

---

(1) انظر: المدونة: 9/147.

(2) قوله: (إليه) ساقط من (ش).

(3) قوله: (قال محمد) زيادة من (ف2).

(4) انظر: النوادر والزيادات: 10/53.

(5) في (ف2): (السلعة).

(6) قوله: (بعض) ساقط من (ن).

(7) في (ش): (ببقية).

(8) في (ش): (فيهم).

(9) في (ش): (السلعة).

(10) في (ن): (أجمعون)، وانظر المسألة في: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 10/57.

(11) في (ن): (الفلس).

(12) قوله: (الغرماء) ساقط من (ش).

(13) انظر: المدونة: 8/306.

عياض: وقوله في تعليل مسألة الجمال من أجل أنه: (إنما بلغ إلى الموضع على إبله) استفاد منه أحمد بن خالد وغيره أن السفينة حكمها حكم الجمل، كما روى أبو زيد عن ابن القاسم وإن ربها أحق بها

قال محمد: في المشتري يصبغ الثوب ثم يفلس، قال ابن القاسم: إنه يكون[1] مثل النسج[2] يكون الذي فعل ذلك فيه شريكاً بقيمة الصبغ والنسج،وكذلك الغزل والبنيان.

وأما من دفع ثوبه[3] إلى صباغ ثم قبضه منه بعد أن صبغه، ثم فلس ربه قبل دفع الإجارة، فإن الصباغ أحق بما زاد الصبغ في الثوب إن زاده شيئاً[4]، ثم إن بقي له شيء من حقه كان به أسوة[5].

و[6] قال مالك: في الجلود تقطع نعالاً، فإن ذلك فوت إذا كان أمراً[7] متفاوتاً هكذا[8].

وروى الأندلسيون عن ابن القاسم: في الصبّاغ يكون شريكاً بقيمة الصبغ زاده الصبغ، أو نقصه.

قال ابن القاسم: وجميع الصنّاع أحق بما أسلم إليهم للصنعة في الموت والفلس، وكذلك المكري[9] على حمل متاع إلى بلد، فهو أحق بما حمل على دوابه في الموت والفلس، كان قد أسلم دوابه إلى المكتري، [(ش: 56/ب)] أو كان معها، ورب المتاع معه أم لا، وهو كالرهن؛ ولأن على دوابه وصل إلى البلد[10].

=

في الموت والفلس وإن الزرع والنخل إنما نميا وبلغا بسقي المساقي، فيجب أن يكون مثل ذلك في الموت والفلس، كما قال أصبغ قال: وهما كالمرتهنين.اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2234.

(1) قوله: (يكون) ساقط من (ن).
(2) في (ش): (النسيج).
(3) في (ف2): (ثوبا).
(4) في (ف2): (شيء).
(5) انظر: النوادر والزيادات: 10/60، 61.
(6) قوله: (و) زيادة من (ن).
(7) في (ن): (أمر).
(8) انظر: النوادر والزيادات: 10/60.
(9) في (ف2): (المكترى).
(10) انظر: المدونة: 8/306.

ومن الواضحة، قال مالك: و[1] من اكترى دابة بعينها، أو عبداً بعينه، ثم مات المكري، أو فلس ولم يقبض ذلك المكتري، فالمكتري أحق بذلك حتى يتم كراؤه، كعبد اشتراه ولم يقبضه حتى فلس بائعه[2].

قال ابن القاسم: ولو كان مضموناً كان أسوة الغرماء[3].

قال مالك: ولو قبض الدابة وقد حمل عليها، فهو أولى بها حتى يتم حقه، إلا أن يرغب الغرماء في بيع الظهر، ويضمنون له كراءَه في ثقة وملاءٍ[4].

قال[5] ابن القاسم: وأرباب الحوانيت والدور أسوة غرماء مكتريها في الموت والفلس، وليسوا أحق بما فيها من متاع[6].

ومن كتاب[7] الأكرية: وإن فلس الجمّال، فالتاجر أولى بإبله من غرمائه حتى يتم ركوبه، إلا أن يضمن له الغرماء حملانه، ويكروا له من أملياء، ويأخذوا الإبل.

أراه[8] يريد والكراء مضمون.

قال غيره: لا يجوز أن يضمنوا له ذلك[9]، وقول غيره مطروح في كتاب يحيى.

وإن فلس التّاجر[10]، فالجمّال أحق بالمتاع إذا كان في يديه حتى يستوفي كراءه، ويباع البَز[11] في ذلك، وللغرماء كراء الإبل في مثل ما اكتراها.

---

(1) قوله: (و) زيادة من (ن).

(2) انظر: النوادر والزيادات: 10/77.

(3) انظر: النوادر والزيادات: 10/76.

(4) انظر: المدونة: 8/144.

(5) قوله: (قال) ساقط من (ف2).

(6) انظر: المدونة: 8/306.

(7) في (ف2): (كتابي).

(8) قوله: (أراه) ساقط من (ن).

(9) انظر: المدونة: 8/276.

(10) في (ن): (تاجر).

(11) عياض: والبز بفتح الباء في إطلاقه في الكتاب، إنما هو في كل ما يلبس من الثياب، كان صوفاً أو =

ومن كتاب[1] كراء الدور، قال مالك: ومن اكترى أرضاً فزرعها[2]، ولم ينقد، ثم مات فرب الأرض أسوة، وأما في الفلس، فإن رب الأرض أحق بالزرع من الغرماء حتى يأخذ كراءه[3].

وفي المقارض يتعدى معنى من هذا.

وذكر ابن المواز عن ابن القاسم: أن رب الأرض أحق في الموت، والفلس كالرهن.

قال محمد، قال مالك: رب الأرض وأجير سقي الزرع يتحاصان في الفلس، ويبدآن على مرتهن الزرع، فما فضل عنهما كان هو[4] أحق به من الغرماء، وأما[5] في الموت، فالأجير خاصة أسوة.

وروى ابن حبيب عن أصبغ أن مكري الأرض والأجير في الموت والفلس أسوة[6] والأجير أولى من المرتهن ثم الغرماء.

قال[7] ابن القاسم: إن رب الأرض أولى من الأجير، والأجير أولى من المرتهن[8]، ثم الغرماء.

قال ابن حبيب: إن مكري الأرض والأجير في الموت والفلس، مبدآن على الغرماء.

= بزاً أو كتاناً أو قطناً أو حريراً مخيطاً أو غير مخيط، وقال صاحب العين: البز: ضرب من الثياب المخيطة. وقال ابن دريد: البز: إنما هو متاع البيت خاصة من الثياب. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2434.

(1) قوله: (كتاب) ساقط من (ف2).

(2) في (ش): (فزرع).

(3) انظر: المدونة: 8/277.

(4) قوله: (هو) ساقط من (ش).

(5) زاد بعده من (ش) قوله: (هو).

(6) قوله: (وري ابن حبيب... والفلس أسوة) زيادة من (ف2).

(7) قوله: (والأجير أولى... قال) زيادة من (ن).

(8) قوله: (والأجير أولى من المرتهن) يقابله في (ن): (ثم الأجير ثم المرتهن).

وروى ابن القاسم، وأشهب عن مالك: في أجير الزرع والحوائط[1]، ومكري أرض الزرع، أنهم أولى بالزرع والثمن من الغرماء في التفليس، وهم في الموت أسوة.

وفي رواية أشهب: أن مكري الأرض وأجير الزرع[2] سواء يتحاصان[3].

وفي رواية ابن القاسم: أن مكري الأرض مبدى على الأجير، ثم الأجير مبدأ على الغرماء.

وقال أصبغ: أحب إلي أن يكون الأجير ومكري الأرض شرعاً سواء، ويبدآن على الغرماء في الموت والفلس، وإن ذلك بأيديهما كالرهن، وقاله ابن الماجشون من الواضحة[4].

[(ش: 57/أ)] قال سحنون: فيمن اشترى سلعة شراء فاسداً، فيُفسخ البيع، وقد فلس البائع، قال: المبتاع[5] أولى بالسلعة التي في يديه التي فُسخ بيعها حتى يستوفي ثمنها، وقال[6] ابن المواز: لا يكون أحق بها[7].

في قسمة المال في فلس، أو موت وإذا قُسّم، ثم طرأ غريم، أو وارث، أو يعزل المال فيتلف

والقضاء: أن المفلس إذا فلس، وخلع من ماله أن يكون لمن حضر، أو غاب من

(1) في (ن): (الحائط).

(2) في (ف2): (الأرض).

(3) في (ف2): (ويتحاصان).

(4) قوله: (من الواضحة) زيادة من (ف2)، وانظر المسألة في: النوادر والزيادات: 10/73، 74 و7/55.

(5) قوله: (قال المبتاع) يقابله في (ن): (فالمبتاع).

(6) في (ن): (قال).

(7) انظر: النوادر والزيادات: 10/64.

غرمائه كما قال عمر بن الخطاب: في الأُسَيْفِع[1]، فمن كان له عليه دين؛ فليأتنا نقسم ماله بين غرمائه[2].

قال ابن القاسم: وينبغي للقاضي أن يعزل لمن غاب من غرمائه حصته، ثم إن هلك ما عزل كان ممن عزله له.

وإذا اقتسم[3] الغرماء المال في الفلس أو الموت[4]، ثم قدم غريم لم يعلم به؛ فليرجع على جميعهم بما يجب له في الحصاص[5] أن لو حضر، يتبع كل واحد بما صار بيده من ذلك، ولا يأخذ ملياً، أو حاضراً عمن غاب أو أعدم، وليتبع ذمة كل واحد، مثل أن يكون ثلاثة لكل واحد مائة غاب أحدهم، فلم يعلم به، وبيد المفلس مائة فاقتسمها الحاضران، فإن القادم يتبع كل واحد بسبعة عشر إلا ثلثاً.

ومن مات وترك وفاء بديونه[6]، فقضى الوصي، أو الورثة بعض غرمائه، ثم تلف ما بقي؛ فليس للباقين رجوع على من قبض من الغرماء شيئاً؛ إذ فيما بقي وفاء لدين الباقين[7]، يريد مالك: من يد الورثة ببينة، أو كان مما لا يغاب عليه[8].

وأما إن كان مما يغاب عليه، ولا بينة لهم على هلاكه، فهم ضامنون. من كتاب

---

(1) وأسيفع جهينة مصغر... بسين مهملة وبالفاء. انظر: مشارق الأنوار على صحاح الآثار، لعياض: 62/1.

(2) انظر: المدونة: 9/ 141، 142.

(3) في (ن): (قسم).

(4) في (ف2): (موت).

(5) في (ش): (بالحصاص).

(6) في (ش): (بديونهم).

(7) انظر: المدونة: 9/ 99، 100.

(8) عياض: وقوله في مسألة الوصي يقضي بعض الغرماء: (قلت: فإن كان في المال فضل ليس فيه وفاء بحقوق هؤلاء) إلى آخر المسألة ثم التي جاءت بعدها في الحضور والغيب.

قال ابن وضاح: أمر سحنون بطرحها، وقال: والتي تحتها تدل عليها، وهي أصل ترد إليه كلما وجدت من نوعه.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2212، 2213.

محمد، وغيره[1].

وإن[2] باع الورثة مال الميت، وقضوا ديونه، وفضلت فضلة بأيديهم، ثم قدم غريم، فإنما يتبع الورثة، ولا يتبع الغرماء، إن كان في الفضلة كفاف دينه، وجد الورثة أملياء، أو عدماء.

محمد: ومن وجد منهم ملياً أخذ مما صار بيده ما بينه وبين تمام حقه، ثم يرجع هذا الوارث على بقية الورثة بما يجب له كانوا يعلمون بالطارئ أم لا[3].

قال ابن القاسم: وإن لم يكن فيها فضل كفاف دين[4] القادم، اتبع الورثة بمثل الفضلة في ملائهم، وعدمهم[5]، فإن كان لو حضر نابه في الحصاص[6] أكثر من الفضلة؛ فليتبع الغرماء ببقية منابه[7]، وتفسير ذلك أن تكون التركة (مائتين وخمسين، والدين ثلاثمائة لثلاثة رجال، لكل واحد مائة، وأحدهم غائب لم يعلم، فأخذ الحاضران مائتين، والورثة الخمسين، ثم قدم الغائب وقد علمت أن لو حضر لنابه في الحصاص ثلاثة وثمانون وثلث، فله خمسون منها في ذمة الورثة وتبقى له)[8] ثلاثة وثلاثونَ وثلث[9] يرجع بها على الغريمين بينهما[10] نصفين.

قال:[11] ولو كانت التركة كفافَ دينهما فقبضاه، لرجع عليهما بحصاصه فيها،

---

(1) انظر: النوادر والزيادات: 11/251.

(2) في (ن): (فإن).

(3) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 10/33. والقول منسوب لابن القاسم.

(4) في (ش): (لدين).

(5) قوله: (وعدمهم) زيادة من (ن).

(6) في (ن): (المحاصة).

(7) في (ن): (منابته).

(8) ما بين قوسين ساقط من (ش).

(9) قوله: (وثلاثون وثلث) يقابله في (ش): (وثلاثين وثلثا).

(10) قوله: (بينهما) ساقط من (ش).

(11) قوله: (قال) ساقط من (ن).

وإن ألفاهما عديمين اتبع ذمتها[1]، ولم يتبع من قضاهما من ورثة أو وصي [(ش: 57/ب)] بشيء إن قضوهما، ولم يعلموا بدينه، ولا كان الميت موصوفاً بالدين، فإن علموا بدينه أو كان الميت موصوفاً بالدين رجع على الورثة بحصاصه ثم يتبعون هم الغرماء الأولين بذلك[2].

وقال في باب آخر: إذا قضى الورثة من حضر وهم يعلمون بدين القادم، فإنه إن وجد الغرماء معدمين رجع على الورثة بما ينوبه من ذلك، ثم يرجع الورثة بما أدوا[3] من ذلك على الغرماء الأولين.

وإذا باع الورثة التركة فأكلوا ذلك واستهلكوه، ثم طرأت ديون على الميت، فإن كان الميت يعرف بالدين فباعوا مبادرة؛ فللغرماء انتزاع عروضه ممن[4] هي بيده، ويتبع المشترون الورثة بالثمن، وإن كان لم يعرف الميت بالدين وباعوا على ما يبيع الناس، اتبع الغرماء الورثة بالثمن[5] كان فيه وفاء، أو لم يكن، ولا تباعة على من ذلك المال[6] بيده، يريد[7]: ما لم يحابوا، وإن كانوا عدماء اتبعهم دون المشتري.

ومن[8] غير المدونة، قال مالك: فيمن ترك ألف دينار وعليه دين مائتين، فباع الورثة بعض التركة لأنفسهم، وقالوا: فيما ترك أكثر من دينه، فهلك ما بقي إن بيعهم لا يجوز لعلمهم بالدين، وأنهم إنما باعوا لأنفسهم[9].

ومن المدونة: وإذا عزل الورثة دين الغريم واقتسموا ما بقي، ثم ضاع ما عزلوا؛ لم

---

(1) في (ف2): (ذمتيها).

(2) انظر: المدونة: 9/100 و101.

(3) في (ش): (أدى).

(4) في (ن): (من يد من).

(5) قوله: (وإن كان لم يعرف... بالثمن) زيادة من (ن).

(6) قوله: (المال) ساقط من (ن).

(7) قوله: (يريد) زيادة من (ن).

(8) قوله: (ومن) يقابله في (ن): (قال في).

(9) انظر: النوادر والزيادات: 10/33، والبيان والتحصيل، لابن رشد: 10/407.

يضمنه الغريم، وليرجع عليهم فيما[1] قبضوا، ولو عزله القاضي وقسم الباقي بين ورثة أو غرماء كان ضياع ذلك ممن أوقف ذلك[2] له[3].

ومن غير المدونة: وإذا أوقف الإمام مال مفلسٍ ليقضيه غرماءه، فهلك في الإيقاف، فروى أشهب عن مالك: أنه من المفلس كان عيناً، أو عرضاً، وروى ابن القاسم مثله في العروض وشبهه، وأما العين مما وجد له و[4] ثمن ما بيع من عروضه، فهو من الغرماء، وبه قال ابن القاسم.

وروى ابن الماجشون عن مالك: إن ما أوقف من عرض وعين مصيبته من الغرماء[5].

العرض[6] بقيمته[7] والعين بوزنه وبه قال: وشبهه بالثمن يهلك في المواضعة فيكون ممن تكون له الأمة.

ومن كتاب الأقضية: وإن باع وصي، أو قاضٍ سِلْعَةَ الأيتام[8] فلا عهدة عليه، فإن[9] هلك جميع ما لهم، ثم استحقت السلعة؛ فلا شيء على الأيتام، ولا على الوصي، أو القاضي[10].

وذكر الميت يورث ثم يستحق رقبته في الاستحقاق.

---

(1) في (ن): (بها).

(2) قوله: (ذلك) ساقط من (ن).

(3) انظر: المدونة: 9/273.

(4) في (ن): (أو).

(5) انظر: النوادر والزيادات: 10/25، 26.

(6) قوله (العرض) يقابله في (ن)، قوله: (قال ابن القاسم العرض).

(7) في (ش): (بقيمة).

(8) في (ن): (لأيتام).

(9) في (ن): (فإن).

(10) انظر: المدونة: 8/511.

في إقرار المفلس، أو المريض بدين لوارث، أو أجنبي، أو يقضي أحد الغرماء، أو يرهنه، أو يؤخره[1] بدين له، أو يقر بقبضه، وإقرار أحد الورثة بدين على الميت وفعل من أحاط الدين بماله فيه، وغير ذلك من مسائل الإقرار والمحاصة

قال ابن القاسم: والقضاء أن لا يجوز إقرار المديان بدين إذا فلس، أو قامت به غرماؤه وسجن[2] لهم.

قال مالك: إذا قاموا به على وجه التفليس؛ لم يجز إقراره بالدين، و[3] قال: النَّخَعي ولا يبعه[4].

يريد[5]: ولا يقضي [(ش: 58/أ)] للمقر[6] له في ذلك المال[7] ويبقى ما أقر له به في ذمته، فإذا[8] كان الدين ببينة، فقال الغريم: هذه السلعة بعينها ابتعتها من فلان، ودينه ببينة ففي قبول قوله اختلاف.

قال مالك:[9] وما[10] دام قائم الوجه فإقراره بالدين[11] جائز، ولا يجوز له عتق، ولا هبة، ولا صدقة إذا أحاط الدين بماله.

---

(1) في (ن): (يؤخر).

(2) في (ش): (ويسجن).

(3) قوله: (و) زيادة من (ن).

(4) انظر: المدونة: 9/135.

(5) قوله: (يريد) زيادة من (ن).

(6) في (ف2): (المقر).

(7) قوله: (المال) زيادة من (ن).

(8) في (ن): (وإذا).

(9) قوله: (قال مالك:) ساقط من (ف2).

(10) في (ش): (مما).

(11) قوله: (بالدين) زيادة من (ف2).

قال مالك في كتاب الوصايا: ولو أقر بدين بعد قيام الغرماء عليه؛ لم يجز ذلك إلا ببينة، ولو كان قبل قيامهم؛ جاز وحاصهم[1] الطالب بذلك[2].

ومن التفليس، قال ابن القاسم: ومن[3] أقر له حين التفليس؛ فلا يدخل فيما بيده، ويدخل فيما يفيده[4] بعد ذلك، هو ومن بقي له من الأولين شيء، ومن أقر له بعد ذلك؛ لأن التهمة[5] إنما كانت في المال الأول، ومن أقر له قبل التفليس؛ فإنه يدخل مع[6] من دينه ببينة، والمقضي له بشاهد ويمين يحاصص من قضي له بشاهدين.

وإذا فلس الرجل مرة[7] فيقسم[8] ماله، ثم أفاد مالاً فلم يقم فيه الأولون ببقية دينهم حتى أقر بدين لرجل، فإقراره له جائز ما لم يقر له عند قيام الأولين بتفليسه ثانية.

وإذا[9] أقر له به قبل قيامهم جاز ذلك، فإن فلس ثانية كان المقر لهم آخراً[10] أولى من الأولين بماله ممن ثبت[11] دينه[12] من الأولين ببينة، أو بإقرار قبل التفليس الأول، إلا أن يفضل شيء عن دينهم؛ لأن ما بيده هو من المعاملة الثانية إذا كان قد عومل بعد التفليس، وباع[13] واشترى إلا أن يفيد ما بيده بمورث، أو صلة، أو أرش جناية،

---

(1) في (ن): (وحاصصهم).

(2) انظر: المدونة: 235/10.

(3) في (ن): (فمن).

(4) في (ن): (يفيد).

(5) في (ش): (القيمة)، والمثبت موافق لما في المدونة: 134/9.

(6) قوله: (مع) ساقط من (ش).

(7) قوله: (الرجل مرة) يقابله في (ن): (لرجل مرة)، وفي (ش): (الرجل مدة).

(8) في (ف2): (فقسم).

(9) في (ن): (فإذا).

(10) في (ن): (أخرى).

(11) قوله: (ثبت) ساقط من (ن).

(12) في (ف2): (داينه).

(13) في (ن): (فباع).

ونحوه، فإن الأولين والآخرين يدخلون فيه[1].

ومن أحاط الدين بماله، وهو بعد قائم الوجه[2]، فله أن يقضي بعض غرمائه، أو يرهنه، ونحو ذلك قام غرماؤه بأثر ذلك، أو تأخر قيامهم وعلى هذا[3] جماعة الناس.

وقال عبد العزيز: إذا تبين فلسه؛ فليس ذلك لهم[4]، وإن لم يقم به الغرماء وقاله مالك: مرة، ثم رجع عنه[5].

قال ابن القاسم: وليس له أن يتزوج في المال الذي فلس فيه، وله أن يتزوج فيما أفاد بعده[6].

ومن غير المدونة، ومن قول مالك: إن لمن[7] أحاط الدين[8] بماله أن يتزوج مما بيده إذا لم يُفلس، وكذلك المرأة تخالع زوجها بمال والدين محيط بها، وليس له أن يتزوج في المال الذي فلس فيه، وله أن يتزوج فيما أفاد بعده[9].

ومن المدونة: ومن جنى جناية لا تحملها العاقلة، وعليه دين يحيط بماله، فرهن في الجناية رهناً، ثم فلس[10] فصاحب الجناية أحق بالرهن، ولو لم

(1) انظر: المدونة: 9/133، وما بعدها.

(2) في (ش): (العين).

(3) في (ن): (ذلك).

(4) قوله: (ذلك لهم) يقابله في (ن): (له ذلك).

(5) انظر: المدونة: 9/135.

(6) انظر: المدونة: 9/147.

(7) في (ف2): (من).

(8) في (ف2): (دين).

(9) قوله: (وله أن يتزوج فيما أفاد بعده) ساقط من (ش)، وانظر المسألة في: النوادر والزيادات: 10/50.

(10) عياض: وقوله: (إن جنى رجل على رجل جناية لا تحملها العاقلة، فرهنه بتلك الجناية رهنا، وعليه دين يحيط بماله؟ أن الرهن جائز واحتج بأنه لو جنى الغريم ما لا تحمله العاقلة، ثم قام عليه الغرماء أن المجنى عليه) يضرب بدينه مع الغرماء.

اختلف في تأويله: فقيل: الجناية - هنا - خطأ أو كانت مالاً كالمسألة الأخرى، وحجته أنه لا يصح

يرهنه[1] شيئاً؛ كان للمجني عليه محاصة غرمائه، ولا حجة لهم أن يقولوا: إن ذلك ليس[2] من ابتياع، أو تجارة[3].

قال في كتاب الصلح: ومن أحاط الدين بماله، فجنى جناية عمداً[4]، فأراد أن يصالح منها على مال، ويسقط القصاص عن[5] نفسه، فإن للغرماء رد ذلك؛ لأنه من أموالهم[6].

وإذا أقر المريض بدين [(ش: 58/ب)] لمن لا يتهم عليه؛ جاز ويحاص به[7] من له بينة أو[8] من، أقر له[9] في صحته، وهو بخلاف[10] إقرار المفلس، ولا يجوز للمريض قضاء بعض غرمائه دون بعض، وذلك من التأليج[11] إن اغترق

=

أن يجوز رهنه بها على الغرماء إلا في الخطإ كما له أن يحاصص بها؛ لأنها مال. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2229، 2230.

(1) في (ش): (لم يرهن).

(2) زاد بعده من (ن) قوله: (لهم)

(3) انظر: المدونة: 9/144، 145.

(4) عياض: وأما العمد فليست بمال، وإنما فدى بها نفسه من أمر جناه، واحتجوا بها في كتاب الصلح في المسألة من قوله: (فأراد أن يصالح أن للغرماء أن يردوا ذلك؛ لأنه من أموالهم)، وكذلك يأتي عند هؤلاء وما كان من الجرح لا قصاص فيها، كالمأمومة والمنقلة على أحد قوليه، وإلى هذا نحا أبو محمد.
وأما غيره فتأولها على العمد والخطإ، واحتج بأنه لم يفصل بينهما وأنه إنما يمنع مما ليس يأخذ منه عوضا، كالهبة والعتق وأما ما يأخذ عوضه، وإن كانت لمنافعه، فجائز كالنكاح والخلع ودفعه القصاص عنه أولى بالجواز من دفعه في الخلع والنكاح، وتأول معنى مسألة الصلح أنه إذا أراد ولم يفعل ولو فعل مضى... كما قال هنا. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2230.

(5) في (ش): (من).

(6) انظر: المدونة: 7/418.

(7) قوله: (ويحاص به) يقابله في (ن): (وحاص له).

(8) في (ش): (و).

(9) في (ف2): (لهم).

(10) في (ش): (خلاف).

(11) عياض: والتوليج والتأليج، بمعنى المحاباة وأصله من الدخول قال الله تعالى: ﴿ذَٰلِكَ بِأَنَّ ٱللَّهَ

=

الدين ماله.

قال غيره: و[1] هو كصحيح في التجارة، والإقرار بالدين لمن لا يتهم عليه[2].

قال ابن القاسم في كتاب القراض: وإن قال: هذا قراض لفلان، أو وديعة له كان فلان أحق بما عين من ذلك من غرمائه، وإن لم يعين ذلك كان لفلان الحصاص بذلك في ماله[3].

ومن كتاب المديان قال: ومن أقر في مرضه لأجنبي بمائة، ولابنه[4] بمائة، ولم يترك إلا مائة فليتحاصا[5] فيها، فما صار للوارث دخل فيه بقية الورثة، إلا أن يجيزوه له، ولا حجة للأجنبي أنه جر[6] إلى وارث[7]؛ لأنه هو[8] إنما أخذ بإقراره، فلو شاء لم يقر له، ولو كان دين لأجنبي ببينة كانت له حجة، ولم يدخل معه الوارث بحصاص[9].

وإذا كان لأجنبي عليه دين ببينة يغترق ماله؛ فلا يجوز إقراره بدين لصديق ملاطف، أو لزوجته، أو لغيرها من ورثته.

قال مالك: فيمن عليه دين، فأقر لأخت له بدين، فلا شيء لها إلا ببينة على أصل

= ﴿يُولِجُ ٱلَّيۡلَ فِي ٱلنَّهَارِ وَيُولِجُ ٱلنَّهَارَ فِي ٱلَّيۡلِ وَأَنَّ ٱللَّهَ سَمِيعُۢ بَصِيرٞ﴾ [سورة الحج آية: 61]؛ أي: يدخل أحدهما في الآخر فكأن هذا يدخل في ملك الآخر ما ليس منه ولا هو من حقه، وقد يكون أيضاً من المخادعة.اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2213.

(1) قوله: (و) زيادة من (ن).

(2) انظر: المدونة: 9/103

(3) انظر: المدونة: 8/479 و480.

(4) في (ف2): (ولوارث).

(5) في (ش): (فتحاصا).

(6) في (ن): (أقر).

(7) قوله: (إلى وارث) يقابله في (ف2): (بوارث).

(8) قوله: (هو) ساقط من (ن).

(9) انظر: المدونة: 9/137.

الدين، أو تقيم بينة أنها كانت تقتضيه في حياته، قال سحنون: يعني فيلزمه إقراره لها[1].

ولا يجوز إقرار المريض لبعض ورثته بدين ،وأما إن أقر لزوجته في مرضه[2] بدين أو مهر، فإن لم يعرف منه إليها انقطاع وناحية وله ولد من غيرها؛ فذلك جائز، وإن عرف بانقطاع إليها ومودة، وقد كان بينه وبين ولده تفاقم - ولعل لها[3] منه ولداً صغيراً - فلا يجوز إقراره[4].

قيل: أفغيرها من الورثة بهذه المنزلة فيمن له منه[5] انقطاع أو بعد؟ قال: لا، وإنما

---

(1) انظر: المدونة: 110/9.

(2) في (ش): (مرض).

(3) في (ف2): (له).

(4) عياض: ومسألة: (إقرار الرجل بالدين لزوجته).

وقوله بعد هذا: (أرأيت الورثة أهم بهذه المنزلة على ما وصفت من أمر المرأة يكون من بعضهم إليه الانقطاع والمودة) إلى آخر المسألة، ثم قال: لم أسمع من مالك فيها شيئا وأرى ألا يجوز ذلك، كذا في رواية إبراهيم بن محمد عن سحنون، وفي رواية يحيى بن عمر، والذي عند ابن وضاح وآخرين: أرى أن يجوز بإسقاط لا، وظاهر الكلام الأول المتصل به من قوله: (وإنما رأى ذلك مالك في المرأة، إلى قوله: وأما الولد والإخوة).

فلا تصحح رواية الأولين، وعليها اختصر أكثر المختصرين، وعليها حملوا مذهبه في الكتاب، وقوله في آخر المسألة في: (إقراره للعصبة مع الميت لا يتهم في هذا).

وقوله: (وأصل ما سمعت من مالك أنه إنما يرد من ذلك التهمة، فإذا لم تقع تهمة لم يرد وجاز فهذا يجزيك من ذلك كله)، يصحح الرواية الأخرى، وعليها في آخر المسألة تأولها بعضهم - أيضاً - واختار ذلك وصوَّبه، وقال فضل: رواية يحيى في المدونة عن سحنون في الإقرار لبعض الورثة أن الزوجة خلاف غيرها من الورثة، إلا أن يكون بعيدا، كالعصبة مع البنات، فلا يتهم وحكى عنه غير يحيى أن الزوجة وغيرها سواء، إذا كان بينهما تفاقم جاز، وقد روى هذا - أيضاً - أصبغ عن ابن القاسم في الولدين: أحدهما عاق والآخر بار يجوز إقراره للعاق، وقد اختلف في ذلك في كتاب محمد بالروايتين جميعا. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2213، وما بعدها.

(5) قوله: (منه) ساقط من (ن).

رأى مالك ذلك في الزوجة؛ لأنه[1] لا يتهم إذا لم يكن له منها ولد، ولا يعرف بانقطاع مودة إليها أن يقر إليها بماله عن ولده، فأما[2] إن ورثه إخوته أو بنوه؛ فلا يجوز إقراره لبعضهم.

ولو ترك ابنة وعصبة[3] بقرابة أو ولاء، فأقر لهم بمال لم يتهم أن يقر إلى العصبة دون الابنة، وأصل هذا قيام التهمة. فإذا لم يتهم بمن[4] يقر إليه دون من يرث معه؛ جاز إقراره، فهذا أصل ذلك[5].

ويجوز إقرار المريض بقبض الدين إلا من وارث، أو ممن يتهم بالتأليج[6] إليه، وكذلك لا يجوز إقرار الزوجة بقبض المهر المؤجل من زوجها في مرضها.

ومن أوصى بتأخير دين له على رجل قد حل ولا[7] يحمله الثلث، أو هو جميع ماله؛ خُيِّر الورثة بين التأخير، أو القطع له بثلث جميع التركة[8].

فإن[9] ترك ولدين وترك مائتين، فأقر أحدهما أن لفلان على أبيه مائة، وأنكر الآخر، فإن كان عدلاً حلف المدعي وأخذ، وإلا رجع على المقر بنصف المائة التي في يديه؛ لأنه إنما يلزمه إقراره في حقه دون حق [(ش: 59/أ)] أخيه.

وإن كان سفيهاً لم تقبل شهادته في هذا، ولا يؤخذ من ماله شيء، وقد قيل: شهادة السفيه في[10] غير تلف ماله جائزة إن كان عدلاً، وفي ذلك اختلاف، قال قال[11] ابن

---

(1) في (ن): (أنه).

(2) في (ش): (وأما).

(3) قوله: (ابنة وعصبة) يقابله في (ن): (ابنته وعصبته).

(4) في (ن): (لمن).

(5) انظر: المدونة: 9/109، 110.

(6) في (ش): (بتأليج).

(7) في (ش): (لا).

(8) انظر: المدونة: 9/107، 108.

(9) في (ن): (وإن).

(10) في (ن): (على).

(11) قوله: (قال) زيادة من (ف2).

القاسم: وإن شهد رجلان من الورثة له بذلك قضي بهما إن كانا عدلين[1].

ومن أقر أن لفلان عليه بضعة عشر درهماً، فالبضع: ما بين ثلاثة إلى تسعة، وإن[2] اختلفا لم يقض له إلا بثلاثة، يريد زائدة على العشرة[3]، إلا أن يزيد المقر عليها[4].

ومن كتاب[5] الشهادات: ومن أقر أنه كان تسلف من فلان الميت مالاً وقضاه إياه، فإن كان ما يذكر من ذلك حديثاً لم يطل زمانه؛ لم ينفعه قوله: قضيته، وغرم لورثته إلا أن يقيم بينة قاطعة.

وإن طال زمان ذلك حلف المقر وبرئ، إلا أن يذكر ذلك على معنى الشكر، يقول:[6] جزى الله فلاناً خيراً أسلفني وقضيته، فلا يلزمه إلا اليمين قرب الزمان، أو بعد[7].

والمدعى عليه بدين ينكره إن قال: للطالب إن لم أوفِكَ[8] غداً فما تدعيه علي لازم؛

---

(1) في (ن): (عدل)، وانظر المسألة في: المدونة: 9/111.

(2) في (ن): (فإذا).

(3) في (ن): (عشرة).

(4) عياض: وقوله في الكتاب: (البضع ما بين الثلاث إلى التسع)؛ هو بكسر الباء قال الله تعالى: ﴿فَلَبِثَ فِي ٱلسِّجْنِ بِضْعَ سِنِينَ﴾ [سورة يوسف آية: 42]، وحكى بعض أهل اللغة فيه فتح الباء - أيضاً - وأصله القطعة من الشيء، ومنه البضعة - بالفتح - أي: القطعة من اللحم وما في الكتاب من تفسيرها هو قول أكثرهم، وقيل: البضع ما بين واحد إلى تسع، وقيل: ما لم يبلغ العقد ولا نصفه، وهو قول أبي عبيدة، فهو على هذا من واحد إلى أربعة.

وقيل: هو من ثلاث إلى عشرة، قال ابن دريد: فإذا جاوز العشرة فليس ببضع، وقال الأخفش نحوه.

وقال مُطرِّف: هو ما بين الثلاث والسبع.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2216 - 2217.

(5) قوله: (كتاب) ساقط من (ن).

(6) في (ش): (بقول).

(7) انظر: المدونة: 9/42.

(8) في (ف2): (أوافيك).

فذلك خطر ولا[1] يلزمه ذلك[2].

في الدين بين الرجلين، فيقضي[3] أحدهما حصته، أو يبيعها، أو يؤخر بها

قال ابن القاسم: إذا كان لرجلين دين على رجل فأخره[4] أحدهما بحصته؛ لزمه ذلك، فإن أعدم الغريم وقد اقتضى الآخر حصته؛ فلا رجوع لصاحبه عليه[5].

وإذا كان غريمهما غائباً، فخرج أحدهما إليه، فاقتضى لنفسه، فإن أعذر إلى صاحبه في[6] أن يخرج، أو يوكل فلم يفعل، كان ما اقتضى له دونه، وإلا فهو بينهما، والقول فيه إذا باع حصته، أو صالح منها، أو اقتضاها، مستوعب في اختصار[7] كتاب[8] الصلح.

وإذا ادعى ورثة على رجل بدين لوليهم، وكانت بينه وبينه خلطة، فصالحه أحدهم[9] من حصته على إقرار، أو إنكار على عين أو عرض؛ فهم فيه كشريكين في دين بكتاب، وتمام هذا في اختصار الصلح.

قال في كتاب الكفالة: فإن[10] رافع شريكه في الدين إلى السلطان فلم يخرج، ولم يوكل، أو أشهد عليه بذلك دون أن يأتي السلطان[11] فإنه لا يدخل فيما اقتضى.

---

(1) في (ن): (فلا).

(2) انظر: المدونة: 9/177 و178.

(3) في (ن): (يقتضي).

(4) في (ش): (فأخر).

(5) انظر: المدونة: 9/103 و104.

(6) قوله: (في) زيادة من (ن).

(7) قوله: (اختصار) زيادة من (ن).

(8) قوله: (كتاب) ساقط من (ف2).

(9) في (ف2): (أحدهما).

(10) في (ن): (وإن).

(11) قوله: (فلم يخرج... السلطان) ساقط من (ش).

ولو قام على الغريم عند السلطان، وشريكه في الدين غائب، وقضى[1] للحاضر بأخذ حقه من الغريم، فإن كان الغريم يومئذ ملياً[2] بحقهما؛ فلا رجوع للغائب على المقتضي، وإن أعدم الغريم، ولو[3] لم يكن معه حين قام[4] الحاضر إلا مقدار حق الحاضر فإنما يأخذ منه قدر ما ينوبه في المحاصة فقط، فإن جهل السلطان فأعطاه[5] جميع حقه؛ رجع عليه القادم بحصته؛ لأنه كالتفليس، قال غيره: قضي له بحصته، أو بجميع حقه فللغائب الرجوع عليه؛ لأنه كالتفليس[6].

أحكام المولى عليه، والسفيه والزوجة، ومن فيه بقية رق في أموالهم، وما يستوجب به الحر الحجر[7]، أو الرشد

قال الله سبحانه: ﴿وَٱبْتَلُواْ ٱلْيَتَـٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓاْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾، [(ش: 59/ب)] فشرط الرشد[8] مع البلوغ.

---

(1) في (ن): (فقضى).

(2) في (ف2): (ملي).

(3) قوله: (لو) ساقط من (ن).

(4) في (ن): (قيام).

(5) في (ن): (أعطاه).

(6) انظر: المدونة: 9/183، 184.

(7) عياض: معنى الحجر: المنع، قال الله تعالى: ﴿حِجْرًا مَّحْجُورًا﴾ [سورة الفرقان آية: 22]؛ أي: حراماً محرماً لا يباح، ومنه حجرة الدار؛ لأنها حجرت أي منعت وسمي العقل حجراً؛ لأنه يمنع صاحبه. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2207.

(8) عياض: وانظر قوله في باب اليتيم: (يحتلم ولم يؤنس منه الرشد: لا يجوز له في ماله بيع ولا شراء ولا هبة ولا صدقة ولا عتق، حتى يؤنس منه الرشد، فما وهب أو تصدق أو أعتق قبل أن يؤنس منه الرشد، ثم أنس منه الرشد، فدفع إليه ماله، فلا يلزمه ذلك العتق، ولا تلك الصدقة، ولا تلك الهبة، بقضاء ولكنه إن فعل ذلك من عند نفسه، فأجاز ما صنع جاز والصدقة والهبة لغير الثواب كالعتق واستحب له أن يمضيه).

كذا جاء في المدونة وظاهره راجع إلى العتق، وما أشبهه به من الصدقة والهبةبغير ثواب وعلى الجميع

قال ابن القاسم: ولا[1] يخرج المولى عليه بأب، أو وصي من الولاية، وإن حاضت الجارية[2] وتزوجت ودخلت بيتها[3]، واحتلم الغلام أو[4] خضب بالحناء إلا برشد الحال[5].

وينبغي للقاضي أيضاً أن يحجر على البالغ السفيه في ماله، وإن كان شيخاً.

وصفة من يحجر عليه أن يكون يبذر ماله سرفاً في لذاته من الشراب وغيره، ويسقط فيه سقوط من لا يعد المال شيئاً، وأما من حرز ماله[6] ونماه وهو فاسق في حاله غير مبذر لماله فلا يحجر عليه، وإن كان له مال عند وصي قبضه.

ولا يتولى الحجر إلا القاضي، قيل: فصاحب الشرط؟، قال: القاضي أحب إليَّ[7].

ومن أراد الحجر على ولده، أو ولد ولده أتى به إلى[8] الإمام ليحجر عليه، ويشهر

= اختصرها المختصرون فإنه يستحب له أن يمضي ما فعله وفيه نظر، والصحيح سواه ولا يستحب له أن يمضي إلا ما كان لله قربة، وأما ما كان بينه وبين العباد مما لم يرد به قربة فأي استحباب له في هذا، وكذا جاء منصوصاً في سماع أَشْهَب على ما تأولناه. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2218، 2219.

(1) في (ن): (فلا).

(2) في (ن): (جارية).

(3) قوله: (بيتها) زيادة من (ف2).

(4) في (ش): (لو).

(5) انظر: المدونة: 9/ 121.

(6) قوله: (حرز ماله) يقابله في (ن): (أحرز بماله)، وفي (ف2): (أحرز ماله).

(7) عياض: وقوله: (ولا نعمة عين يقال) بفتح النون وضمها، وفيها لغات كثيرة ووجوه مشهورة.

وقوله في تحجير صاحب الشرط: (الذي سمعناه من مالك أن القاضي هو الذي يجوز حجره والقاضي أحب إلي) وأحب - ههنا - على الوجوب.

وقد قال شيوخنا: إن الحجر مما يختص به القضاة دون سائر الحكام. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2222.

(8) قوله: (إلى) ساقط من (ن).

ذلك في المجامع[1]، والأسواق، ويشهد على ذلك، فمن بايعه بعد ذلك؛ فذلك مردود[2].

ولا يجوز للمولى عليه عتق ولا بيع ولا هبة ولا صدقة، ولا يلزمه ذلك بعد[3] بلوغه ورشده، إلا أن يجيزه الآن، واستحب له إمضاؤه ولا أجبره عليه، ولا يجوز شراؤه أيضاً إلا فيما لا بد له[4] منه من عيشه، مثل الدرهم يبتاع به لحماً، ومثل خبز أو بقل ونحوه، يشتري ذلك لنفسه مما يدفع إليه من نفقته، وما وهب له من مال، فإنه يدخل في الحجر، وكذلك إن تجر فربح، وما ليس له فيه إلا المتعة؛ ففعله فيه جائز، فيجوز[5] طلاقه زوجته، وعتقه أم ولده، وأما[6] النكاح فلا إلا بإذن وليه[7].

---

(1) في (ن): (الجامع).

(2) انظر: المدونة: 128/9.

عياض: وقوله في رواية ابن وَهْب بعد هذا: (في الرجل يريد أن يحجر على ولده الكبير لا يحجر عليه إلا عند السلطان فيوقفه للناس، ويشهد عليه فمن باعه أو ابتاع منه بعد ذلك فهو مردود).

دليل: أن أفعال السفهاء قبل الرد على الجواز، وهي رواية المدنيين عن مالك، وقول أكثرهم وكبرائهم خلاف قول ابن القاسم، وغيره مما هو معلوم من خلاف في المسألة، ويخرج من هذه المسألة - أيضاً - أن للأب أن يحجر على ولده عند السلطان، وجعل له التحجير عليه دون إثبات ما يجب ذلك، وحكم السلطان به، وهذا فيمن لم يثبت رشده قبل ذلك وكان مجهول الحال، وقام أبوه بقرب بلوغه، ولم تطل مدته.

وقد اختلف في هذا، قال ابن العطار: تقديم الأب على هذا أولى من غيره، وأنه لا يخرج من ولاية أبيه إلا بعد مضي عام بعد بلوغه. وقاله غيره: إذا كان بحرارة بلوغه وذهب غيرهم إلى أنه لا يسفهه أبوه بعد البلوغ إلا بما يثبت عند الحاكم، وقد اختلف الشيوخ في هذا قديماً وهو أصل الخلاف هل نفس البلوغ يخرجه من الحجر؟ أو إصلاح الحال؟ وقد مضى من هذا في أول النكاح.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2223، وما بعدها.

(3) في (ش): (عند).

(4) قوله: (له) ساقط من (ن).

(5) في (ش): (ويجوز).

(6) في (ف2): (فأما).

(7) انظر: المدونة: 122/9 و123.

وإذا[1] عقل الصبي التجارة، ولم يتبين رشده فأذن له أبوه أو وصيه فيها، لم يجز ذلك؛ لأنه تعد[2] في الولاية، ولو دفع إليه الوصي بعد الحلم بعض المال يختبره به، فلحقه فيه[3] دين؛ فلا يلزمه الدين فيما دفع إليه، ولا فيما أبقى؛ لأنه لم يخرج من الولاية بذلك، وهو بخلاف[4] العبد يأذن له سيده في التجارة؛ لأن العبد لم يمنع لسفه فيه، والسفه لا[5] يزيله الإذن[6].

قال غيره في اليتيم المختبر بالمال: يلحقه ما ادَّان فيه خاصة[7].

قال ابن القاسم: ولو دفع أجنبي إلى محجور عليه من يتيم أو عبد مالاً يتجر فيه، فما لحقهما من دين فيه كان في ذلك المال خاصة، بخلاف دفع الوصي، ولا يلزم ذمتهما ولا ذمة الدافع شيء[8].

---

(1) في (ن): (فإذا).

(2) في (ن): (بعد).

(3) قوله: (فيه) ساقط من (ن).

(4) في (ش): (خلاف).

(5) قوله: (لا) ساقط من (ش).

(6) عياض: وقوله في الصبي: (يؤذن له في التجارة لا يرى ذلك جائزاً) ولا أرى له الإذن في ذلك إذناً، وتعليله بقوله: لأنه مولى عليه يقوي أمر البالغ السفيه أن هذا كان حكمه عنده، كما نص عليه في الباب الآخر بعده، وأنه لا يدفع إليه ماله للاختبار واحتجاجه بذلك على مسألة الصبي، ثم قوله: (والصبي أضعف شأناً عندي منه)، ولذلك لم يجعل دينه في ذلك المال ولا غيره، خلاف قول غيره، والذي له في كتاب الوصايا: إذا أذن للصبي أن يتجر جاز، ولم يذكر أنه دفع إليه مالاً، ولكن أطلق الجواز على فعله، فدل أنه خلاف قوله - هنا - ومثل قول غيره، وإلى هذا ذهب الشيخ أبو محمد والقاضي أبو محمد وغيرهما أنه يجوز له دفع المال ليتيمه ليختبره وللصبي إذا كان يعقل التجارة، وهو ظاهر ما في كتاب ابن حبيب.

وذهب أبو عِمرَان أنه إنما يجوز في الصبي إذا كان الوصي أو ثقة يطلع عليه في تصرفه ذلك، وإلا فهو ضامن. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2219، 2220.

(7) انظر: المدونة: 9/124، 125.

(8) انظر: المدونة: 9/125، 126.

وللرجل منع أم ولده من التجارة في مالها، كما أن[1] له انتزاعه، وليس له منع زوجته من التجارة، وله منعها من الخروج[2].

ومن كتاب الحمالة وغيره: ولا يجوز[3] صنيع[4] البكر، وإن عنست عند أبيها، لا كفالة، ولا هبة[5] ولا عتق، ولا صدقة، وكان مالك يقول مرة فيها رأيت في كتاب عبد الرحيم: أنها إذا عنست جاز صنيعها[6].

وروي عن ابن القاسم: في التعنيس خمسون، وقال أصبغ وغيره: أربعون.

وقال[7] ابن الماجشون: ثلاثون، فإذا بلغت التعنيس؛ جاز صنيعها، إلا أن تولي بوصى أو أب[8]، قاله ابن القاسم وغيره[9].

و قال[10] ابن عبد الحكم [(ش: 60/أ)] في البكر: إن لم تولَّ[11]، فبيعها جائز إذا كان على سداد، وأما هبتها وصدقتها فلا تجوز، وروى ابن عبد الحكم، ومطرف وغيرهما: أنها إذا عنست جاز صنيعها، وإن كان لها أب، أو وصي[12]، رواه عبد الرحيم عن مالك.

ولا يجوز معروف البكر وإن أذن لها الأب أو الوصي[13] فيه.

ولو وهبت لأبويها شيئاً؛ لم يجز ذلك لهما، ولا يجوز معروفها ولا عتقها، وإن

---

(1) قوله: (كما أن) يقابله في (ن): (إن كان).

(2) انظر: المدونة: 9/123.

(3) قوله: (ولا يجوز) زيادة من (ن).

(4) في (ن): (صنع).

(5) قوله: (ولا هبة) زيادة من (ف2).

(6) انظر: المدونة: 9/220 و221.

(7) في (ش): (قال)، وفي (ف2): (وقد قال).

(8) قوله: (بوصي أو أب) يقابله في (ش): (وصيا أو أبا).

(9) انظر: النوادر والزيادات: 10/94، 95.

(10) في (ش): (قال).

(11) قوله: (إن لم تول) يقابله في (ش): (إن تولى بأحد)، والمثبت موافق لما في المدونة.

(12) انظر: النوادر والزيادات: 12/213 و214.

(13) قوله: (أو الوصي) زيادة من (ف2).

تزوجت حتى تدخل بيتها، ويعرف بعد البناء رشدها، وليس بعد البناء فيها حد مؤقت إلا علم الرشد وحدها الدخول إن كانت مصلحة.

قال ربيعة: إن أعطت في سترها[1] فلها إذا برزت رده، أو إمضاؤه[2].

وإذا دخلت المرأة بيتها، وعُرف صلاح حالها؛ جاز ما تصدقت به[3] وأعطت، وأعتقت في ثلثها بغير إذن زوجها.

قال مالك: فإن جاوز[4] الثلث فللزوج رد الجميع أو إجازته، إلا أن تزيد على الثلث كالدينار وما خف، فهذا يعلم أنها لم ترد به ضرراً فيمضي، وأما الأمة توصي بعتقها فيزيد ثمنها[5] على الثلث مثل الدينار، فإن الأمة تتبع به ويتم عتقها[6].

وروي عن مالك أنه يرق ما بقي[7] بقدره، وبه يأخذ سحنون.

و[8] قال المغيرة: في ذات الزوج تزيد على الثلث، أنه يجوز منه الثلث ويرد ما زاد كالوصايا[9].

قال ابن القاسم: ولو حلفت بعتق رقيقها فحنثت، وهو أكثر من الثلث؛ فللزوج رد ذلك[10]، فإن مات عنها أو طلقها؛ أحببت لها عتقهم، ولا تجبر بالقضاء[11].

وليس للزوج منعها من التجارة، إلا أنها إن حابت؛ كانت محاباتها في الثلث كما ذكرنا، وليس له أن يجبرها على الأخذ بالشفعة، وليس لغير الزوج منعها من عطية أو

---

(1) في (ش): (سرها).
(2) انظر: المدونة: 10/308، 309.
(3) قوله: (به) ساقط من (ن).
(4) في (ن): (جاوزت).
(5) قوله: (فيزيد ثمنها) يقابله في (ن): (فتزيد).
(6) انظر: المدونة: 9/224.
(7) قوله: (ما بقي) يقابله في (ن): (منها).
(8) قوله: (و) زيادة من (ن).
(9) انظر: النوادر والزيادات: 10/148.
(10) قوله: (رد ذلك) يقابله في (ن): (رده).
(11) انظر: المدونة: 9/224، 225.

عتق أو غيره[1]، لا أب ولا غيره إذا كانت مرشدة غير بكر.

وقد نقلت[2] من هذا الكتاب مسائل أضفتها إلى أشكالها من كتب[3] الهبات[4]، والوكالات، والحمالات، من ذلك مسألة من تبرع بأداء دين أو بضمان[5] عن رجل، أو ابتاعه لضرر، ونحوه.

ومن وصل رجلاً بدين، أو أمر من يدفع إليه مالاً، ثم مات الواصل قبل قبض الموصول أو ساق عنه مهراً.

ومن دفع عن رجل مالاً بأمره، ثم ادعى الآمر أنه كان له ذلك عليه ديناً، وفي المأمور أو الكفيل يدفع غير ما أمر به وبماذا[6] يرجع.

والوكيل يقبض الدين، ثم يدعي ضياعاً[7]، أو[8] الوصي يقبض دين الأيتام فيتلف، أو يقبض[9] دين الميت بغير بينة، أو يقبض ديناً له، ثم ينكر أن يكون قبضه، وينكل عن اليمين[10][11]. [(ش: 60/ب)]

تم كتاب التفليس والمديان

بحمد الله وعونه[12]

---

(1) قوله: (أو غيره) زيادة من (ن).

(2) في (ف2): (بقيت).

(3) في (ف2): (كتاب).

(4) قوله: (كتب الهبات) يقابله في (ن): (كتاب الهبة).

(5) في (ن): (يضمنان).

(6) في (ش): (وبماذا).

(7) في (ن) و(ف2): (ضياعه).

(8) في (ش): (و).

(9) في (ش): (يقضي).

(10) انتهى هنا كتاب التفليس من (ن) ونهايته: (تم كتاب التفليس بحمد الله وعونه، وصلى الله على محمد وآله).

(11) انظر: المدونة: 9/119 و120.

(12) قوله: (تم كتاب التفليس والمديان بحمد الله وعونه) زيادة من (ف2).

جامع القضاء في الحوالة[1]
وما يحوز منها، والحَوالة[2] بالكتابة

قال الرسول عليه [الصلاة و] السلام: «مطل الغني ظلم ومن اتبع على ملي فليتبع»[3]، فإذا أحالك غريمك بدينك على من له عليه[4] دين، فرضيت باتباعه؛ برئت

---

(1) عياض: أخذت من التحول من شيء إلى شيء؛ لأن الطالب تحول من طلبه لغريمه على غريم غريمه، والحوالة محمولة على الندب عند أكثر شيوخنا، وحملها بعضهم على الإباحة لما أشبهت الدين بالدين ورخص عليه الصلاة والسلام في الحوالة، وأباحها وهي عند أكثر مشايخنا عقد مبايعة مستثناة بالرخصة من الدين بالدين، ومن بيع العين بالعين، غير يد بيد فخصها الشرع من هذين الأصلين، كما خص الشركة والتولية والإقالة من بيع الطعام قبل قبضه، وخص العرية من بيع المزابنة، وبيع الطعام بالطعام نسيئة، ومتفاضلاً لما كان سبيل هذه التخصيصات سبيل المعروف والرفق، وقد أشار الباجي إلى أنها ليس حكمها حكم البيع، ولا هي من هذا الباب، بل هي عنده من باب النقد. وشروط الإحالة التي تجوز بها ولا تصح دونها، أربعة:
أولها: حلول الدين المحال به فلا تصح إذا لم يحل، وصار الدين بالدين حقيقة.
الثاني: أن يكون الدين المحال عليه نوعاً من المحال به، وصفته وقدره، فلا تصح متى اختلفا في صفة، وقدر ويدخله في ذلك الدين بالدين والنسيئة في الصرف وبيع العين بالعين، وفي بيع الطعام والتفاضل في الجنس والربا فيما لا يجوز، وبيع الطعام قبل قبضه وغير ذلك بحسب اختلافه، وتصوير مسائله.
الثالث: رضا المحال والمحيل بذلك، فلا يصح ولا يلزم بعدم رضى أحدهما.
الرابع: ألا يكون الدينان طعاماً من سلم أو أحدهما، ولم يحلا معا على خلاف في هذا الأصل عندنا، فأصل ابن القاسم ما تقدم وغيره يجيز ذلك بحلول المحال به، وبالله التوفيق. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2279، وما بعدها.

(2) والحوالة معلومة بفتح الحاء. انظر: مشارق الأنوارعلى صحاح الأثار: 216/1.

(3) متفق عليه، أخرجه البخاري: 799/2، في باب في الحوالة وهل يرجع في الحوالة، من كتاب الحوالات، برقم: 2166، ومسلم: 1197/2، في باب تحريم مطل الغني وصحة الحوالة واستحباب قبولها إذا أحيل على ملي، من كتاب المساقاة، برقم 1564، ومالك: 674/2، في باب جامع الدين والحول، من كتاب البيوع، برقم: 1354.

(4) قوله: (عليه) زيادة من (ح) و(ن).

ذمة غريمك، ولا ترجع عليه في غيبة المحال[1] عليه أو عدمه»

وقول الرسول عليه [الصلاة و] السلام: «**فليتبع**»، على الندب، والله أعلم.

يدل عليه قوله[2]: «**مطل الغني ظلم**»، فإذا أحاله فلم[3] يرض فقد مطله؛ لأنه ملي بتعجيل حقه، ولو كان يلزمك[4] حوالة بغير رضاك؛ لكان[5] لكل[6] من أحلت عليه أن[7] يحيلك إلى ما لا نهاية له[8] أو يحيلك[9] على ملي ظالم متعد أو سلطان و[10] نحوه، فهذا من[11] الضرر، ومن[12] ناحية المطل الذي جعله الرسول ﷺ ظلماً[13].

---

(1) في (ح): (المحتال).

(2) قوله: (قوله) ساقط من (ن).

(3) في (ن): (ولم).

(4) في (ن): (تلزمك).

(5) في (ش): (كان).

(6) قوله: (لكل) ساقط من (ن).

(7) في (ن): (أو).

(8) قوله: (إلى ما لا نهاية له) زيادة من (ح).

(9) قوله: (أو يحيلك) زيادة من (ف2).

(10) في (ح): (أو).

(11) قوله: (من) زيادة من (ف2).

(12) في (ن): (من).

(13) عياض: وقوله: "مطل الغني ظلم، وإذا أتبع أحدكم على ملي فليتبع" صوابه في الحرفين بسكون التاء وبعض المحدثين، والرواة يقولونه بتشديدها، يقال: تبعت فلاناً بحقي فأنا أتبعه ساكنة التاء، ولا يقال: اتبعته بفتحها وتشديدها، إلا من المشي خلفه، واتباع أثره في أمره.

وفي قوله: (مطل الغني ظلم) حجة أنه لا تجوز الإحالة إلا من دين حل؛ لأن المطل والظلم إنما يصح فيما حل لا فيما لم يحل. وفيه حجة أنه لا يكون ظالماً إلا إذا كان غنياً وأن تسميته ظالماً توجب إسقاط شهادته على ما ذهب إليه سحنون وغيره من أصحابنا.

وقال غيره: لا ترد شهادته إلا أن يكون المطل له عادة. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2279، 2280.

قال ابن القاسم: ولو غرك المحيل من عدم بغريمه[1] أو تفليس[2]؛ فلك طلب الأول، ولو لم يغرك كانت حوالة لازمة لك، وإن لم تقبض[3] ما أحالك به[4] حتى فلس المحيل، فلا دخول لغرمائه معك في ذلك الدين؛ لأنه كبيع نفذ[5].

وإن أحالك على من ليس له قبله دين؛ فليست حوالة، وهي حمالة إن كان الغريم ملياً حاضراً اتبعته[6]، وإن أعدم الذي أحلت عليه؛ رجعت على الأول، ولو علمت أنه لا شيء له عليه فشرط عليك براءته من دينك لزمك، ولا رجوع لك عليه، إلا أن لا تعلم[7]، فلك الرجوع[8].

وروى ابن وهب فيمن قال: حرق صحيفتك على فلان، واتبعني بما فيها من غير حوالة بدين كان له عليه[9] ففعل فأتبعه[10] حتى فلس الضامن أو مات ولا وفاء[11] له، أن للطالب الرجوع على الأول، وإنما يثبت من الحول ما أحيل به على أصل دين[12].

قال[13] سحنون: و[14] بهذا أقول.

ومن اكترى داراً بعشرة دنانير؛ جاز أن يحيل بها على غريم له قبل السكنى إن كان

---

(1) في (ن): (لغريمه).

(2) في (ح) و(ن): (بفلس).

(3) في (ح): (يقبض).

(4) قوله: (به) ساقط من (ن).

(5) انظر: المدونة: 9/229، 230.

(6) في (ح): (اتبعه).

(7) في (ح) و(ن): (لا تعلم).

(8) قوله: (فلك الرجوع) ساقط من (ن).

(9) في (ش) و(ح): (عليك).

(10) في (ش): (فاتبع).

(11) في (ن): (فاء).

(12) انظر: المدونة: 9/233.

(13) في (ن): (وقال).

(14) قوله: (و) ساقط من (ح) و(ن).

الكراء بالنقد أو شرطوه، وإن لم يشترط[1]، ولا كان سنتهم النقد لم يجز؛ لأنه فسخ دين لم يحل في دين حل أو لم يحل[2]، وإن أحاله به[3] على من ليس له[4] عليه دين؛ كانت حمالة جائزة يريد كان كراؤهم[5] بالنقد، أو بالدين[6].

وليس له طلب الحميل، إلا في فلس المكتري، أو موته عديماً.

ولا بأس أن تكتري[7] من رجل عبده، أو داره بدين لك حال، أو مؤجل على رجل آخر مقر حاضر[8]، وتحيله عليه إن شرعت في السكنى أو[9] الخدمة.

سحنون، قال أبو زيد: لا يجوز.

وروى ابن القاسم عن مالك[10] وإن أحلت غريمك على ثمن عبد بعته فرضي، ثم استحق العبد، فعلى مشتريه أداء ثمنه لغريمك؛ لأنه شيء بعينه[11] لزم [(ش: 61/أ)] ذمته، ثم يرجع هو بالثمن عليك[12].

محمد قال أشهب: لا شيء على المشتري، ويرجع الطالب بدينه على المحيل، ولو كان قد قبضه من المشتري لرده إليه[13].

محمد: وهو الصواب[14] كغرماء بيع لهم عبد مفلس فقبضوا ثمنه ثم استحق فإنما

---

(1) في (ف2): (يشترطوه).

(2) قوله: (أو لم يحل) ساقط من (ن).

(3) قوله: (به) ساقط من (ن).

(4) قوله: (له) ساقط من (ف2).

(5) في (ش): (كملئهم)، والمثبت موافق لما في المدونة.

(6) انظر: المدونة: 9/235.

(7) في (ش) و(ح): (يكتري).

(8) قوله: (حاضر) ساقط من (ش).

(9) في (ش) و(ن): (و).

(10) قوله: (سحنون... قال أبو زيد: لا يجوز، ... عن مالك) زيادة من (ف2).

(11) زاد بعده في (ن) قوله: (بعينه).

(12) انظر: المدونة: 9/235، 236.

(13) في (ن): (إليك).

(14) قوله: (وهو الصواب) يقابله في (ن): (صواب).

يرجع على من بيع له[1].

قال ابن القاسم: ولا تجوز حمالة بكتابة، وأما الحوالة بها[2] فإن أحالك على من لا دين له قبله لم يجز؛ لأنها حمالة[3]، وإن كان له عليه دين حل أو لم يحل؛ جازت الحوالة[4] إن حلت الكتابة، ويتم عتقه، ولا تجوز[5] إن لم تحل الكتابة، وإن حل الدين، وليس كتعجيل مكاتب كتابته، وهو فسخ دين لم يحل في دين حل أو لم يحل.

قال غيره: تجوز الحوالة ويعجل[6] عتق المكاتب؛ إذ ليست بدين ثابت، وكأنه عجّل عتقه على دراهم نقداً أو مؤجلة[7]، والكتابة دنانير لم تحل، وكمن قال لعبده: إن جئتني بألف درهم فأنت حر، ثم قال: إن جئتني بخمسمائة، أو بعشرة دنانير فأنت حر، فإن جاء بها كان حراً، ولم يكن بيع فضة بذهب، ولا فسخاً لدين[8] في أقل منه، وكأن لم يكن قبله إلا ما أدى[9]، وبه أخذ سحنون.

وقال[10] ابن القاسم: ذلك لا ينبغي كما أكره بيع الكتابة بعرض[11]، أو غيره إلى أجل، ويوسع في هذا بين المكاتب وسيده فقط، ويكره في الأجنبي، وإنما يكره[12] بيع ما عليه من طعام من أجنبي قبل قبضه، ويجوز من المكاتب وإن أخّره[13] بالثمن، ولو

---

(1) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 10/157.

(2) قوله: (بها) زيادة من (ف2).

(3) زاد بعده من (ن) قوله: (بكتابة).

(4) في (ن)، (ف2): (الحمالة)، والمثبت موافق لما في التهذيب: 4/45.

(5) في (ش) و(ح): (تجوز).

(6) في (ش): (وتعجيل).

(7) في (ش) و(ح): (مؤجلاً).

(8) قوله: (فسخا لدين) يقابله في (ن): (فسخ دين)، وفي (ف2): (فسخ لدين).

(9) انظر: المدونة: 9/236، 237.

(10) في (ف2): (قال).

(11) في (ش): (بعوض)، والمثبت موافق لما في المدونة.

(12) قوله: (وإنما يكره) يقابله في (ش) و(ح): (وأنت تكره).

(13) في (ن): (أخر).

كان نجماً[1] قد حل؛ جاز أن يحيله به على من له[2] عليه دين حل، أو لم يحل، فإن كان آخر نجومه كان حراً مكانه.

قال[3] غيره: إنما كره إن لم يحل ما على المكاتب؛ لأنه ربا بين السيد ومكاتبه لم يتعجل به المكاتب عتقاً إلا ما أراد[4] في بيع ذمة[5] بشيء عليه لم يحل[6].

قال ابن القاسم: وإن أحالك مكاتبك بالكتابة[7] على مكاتب له، وله عليه مقدار ما على الأعلى فلا يجوز ذلك، إلا على أن تبت[8] أنت عتق الأعلى فيجوز، ثم إن عجز الأسفل كان رقاً لك؛ لأن الحوالة كالبيع[9].



(1) قوله: (كان نجما) يقابله في (ن): (قال نجم)، وفي (ف2): (كان نجم).
(2) قوله: (له)ساقط من (ش).
(3) في (ن): (وقال).
(4) في (ش) و(ح): (ازداد)، والمثبت موافق لما في المدونة.
(5) في(ش): (ذمته)، والمثبت موافق لما في المدونة.
(6) انظر: المدونة: 9/237، ومابعدها.
(7) قوله: (بالكتابة) ساقط من (ح) و(ش).
(8) في (ح) و(ش): (تثبت)، والمثبت أقرب لما في المدونة، وموافق لما في تهذيب البراذعي: 4/45.
(9) انظر: المدونة: 9/236.



كتاب الوديعة

الرموز المعتمدة في الإشارة إلى المخطوطات المعتمدة

1- (ش): نسخة الشيخ أبّاه في النباغية بموريتانيا

2- (ف2): نسخة القرويين المحفوظة بمدينة فاس المغربية



كتاب الوديعة

القضاء في الودائع والأمانات، وذكر تعدي المؤتمن أو غيره فيها وما يوجب ضمانها وما لا يوجبه

قال[1] الله سبحانه: ﴿فَلْيُؤَدِّ ٱلَّذِى ٱؤْتُمِنَ أَمَٰنَتَهُۥ﴾ [سورة البقرة آية: 283]، وأمر تعالى أن تؤدى الأمانات إلى أهلها، ولم يأمر بالإشهاد في ردها إلى ربها، كما أمر بالإشهاد في غير ذلك من الدين، والبيع ودفع أموال اليتامى إليهم، وإن كان مال اليتامى أمانة فإنه إنما يدفعه إلى غير الذي ائتمنه فلذلك يشهد.

قال ابن القاسم: لا يضمن المودع إلا أن يتعدى، ومن أودعته مالاً فدفعه إلى زوجته أو خادمه لترفعه له[2] في بيته، ومن شأنه أن ترفع له؛ لم يضمن ما هلك[3] من ذلك[4]، وهذا لا بد منه، وكذلك عبده، وأجيره في عياله، وإن رفعه في صندوقه؛ لم يضمن[5].

---

(1) من هنا ساقط من (ن).

(2) قوله: (له) زيادة من (ف2).

(3) في (ش): (ملك).

(4) عياض: قوله في الكتاب: بلغني عن مالك أنه سئل عن رجل أنه استودع مالاً فدفعه لامرأته تدفعه له فلم ير عليه ضمانا، وقال ابن القاسم: (إذا استودعه امرأته وخادمه ليرفعاه في بيته لم يضمن، فإن هذا مما لا بد منه، وقال - أيضاً - بعد هذا محتجاً له: فكذلك في زوجته وخادمه اللتين يرفعان له لا ضمان عليه، إذا دفعها إليهما ليدفعاها له في بيته)، حمل ذلك بعض الشيوخ على الخلاف، وأنهما قولان، فابن القاسم شرط عادتها معه في ذلك، ومالك لم يشترطه وأكثرهم حمله على الوفاق والتفسير، وهو ظاهر الكتاب، يدل عليه قياس ابن القاسم لها على قول مالك إذا خاف فاستودعها غيره لا يضمن، فكذلك امرأته، قال أبو عِمرَان: كأنه يقول: إذا احتاج إلى رفع زوجته وخادمه من أجل أنهما اللتين يرفعان له، ويطلعان على أسراره جاز؛ لضرورته، كما جاز للذي أراد سفراً أو خرب منزله. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2651 و2652.

(5) عياض: وأما قوله بعد: (وأما العبد والأجير، فعلى ما أخبرتك)؛ ظاهره أنه كالمرأة والخادم على ما تقدم من تفصيله وعادته معهما على ما اختصره المختصرون، وهو مقتضى مراده ومفهومه من

قال: ويصدق أنه دفعه إلى أهله، أو أنه أودعه على الوجه الذي يرتفع به عنه الضمان، وإن لم تقم له بينة، إلا أنه لا يصدق أنه أراد سفراً، أو خاف عورة منزل فأودعها إلا أن يعرف [(ش: 61/ب)] أنه سافر أو[1] أن بمنزله عورة فيصدق[2].

قال أشهب: إن أودع إلى عبده أو أمته ضمن، وكذلك أجيره في عياله[3].

قال ابن القاسم: فإذا[4] سافر فحمل الوديعة معه ضمن[5]، وله إذا أراد سفراً إيداعها[6] لثقة ثم لا يضمن، وكذلك إن خاف عورة منزله، وإن أودع لغير عذر ضمن، فإن أودعها لغير عذر، ثم استردها لم يضمن بعد ذلك كرده[7] لما تسلف منها، =

الكتاب، ويدل عليه سياقه والاحتجاج بعد ذلك بقول مالك المتقدم في الزوجة، ولا فرق بين معنى الخادم والأجير.

وقد تأوله بعضهم فيما حكاه القاضي ابن سهل، في بعض تعاليقه بخلاف الزوجة، وضعفه كما هو تأويل ضعيف.

وكذلك حمل بعضهم قول أَشْهَب في تضمينه، في إيداعها الخادم عبداً كان أو أجيراً، وإن كان ممن في عياله على الخلاف، وحمله آخرون على الوفاق، وأن معناه من ليس من عادته إيداع متاعه ودفع ماله عبده.

قال محمد: إذا جعل ذلك عند غير من بيده ماله والقيام به؛ ضمن. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2652 و2653.

(1) في (ش): (و).

(2) انظر: المدونة: 10/356، وما بعدها.

(3) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 10/430.

(4) في (ف2): (وإن).

(5) عياض: وقوله: إذا أراد سفراً له إيداعها معناه وربها غائب وهي بينة في الكتاب بعد هذا قال: (إن لم يكن حاضراً فيردها عليه له أن يستودعها)، وقوله: (إذا خرج بالوديعة؛ ليطلبهم بها فهو ضامن؛ لأنه عرضها للتلف)، خرج بعض الشيوخ الخلاف في هذا الفصل من مسائل وقعت في كتاب ابن حبيب لأصبغ، في توجيه القاضي مال الأيتام، ولمالك في كتاب محمد في الأوصياء، وفي المبضع تحدث له إقامة وأشباهها من جواز السفر بالمال وتوجيهه لأربابه ورفع الضمان في ذلك. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2653.

(6) في (ش): (إيداعه).

(7) في (ف2): (كره).

وإن أودعت لمسافر مالاً فأودعه في سفره ضمن، بخلاف الحاضر يسافر[1].

قال مالك: في امرأة ماتت بالإسكندرية فكتب وصيها إلى ورثتها وهم ببلد آخر؛ فلم يأته منهم أحد فخرج بتركتها إليهم فهلكت في الطريق، فهو لها ضامن إذا خرج بها[2].

ومن أودعته دنانير أو دراهم فخلطها بمثلها، ثم ضاع المال كله لم يضمن، وإن أودعته حنطة فخلطها بحنطة؛ فإن كانت مثلها وفعل ذلك على الإحراز والدفع فهلك الجميع؛ لم يضمن[3]، وإن كانت مختلفة ضمن، وكذلك يضمن[4] إن خلطها بشعير، وقد أفاتها بالخلط قبل هلاكها، لأنها لا تتميز[5]، وليس كصنف واحد من عين أو[6] طعام.

ولو أودعته دراهم فخلطها بمثلها، ثم ضاع بعضها كان ما ضاع وما بقي بينهما، لأنها لا تعرف بعينها لمن هي منهما[7]، ولو كانت دراهمك[8] تعرف بعينها كانت مصيبة دراهم كل واحد منه، ولا يغيرها الخلط[9].

وإن أودعته[10] دراهم أو حنطة فاستهلك بعضها ثم هلك بقيتها لم يضمن إلا ما

---

(1) انظر: المدونة: 10/430.

(2) انظر: المدونة: 10/358.

(3) عياض: وقوله في خلط الحنطة إذا خلطها على وجه الحرز والرفع، فلا ضمان عليه ببينة)، إن خلطها بما يخلطه إنه لا يضمنه إذا كان لهذا وشبهه من النظر؛ لأن جمعها أحرز لها من تفريقها أو أرفق به من شغل مخزنين بذلك وكرائهما وحيطتهما، وهو المراد بالرفع وأن الخلط إذا كان لغير هذا من تعد أو أخذهالنفسه، إنه فيها ضامن، ولا فرق في هذا بين الطعام والدراهم. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2654 و2655.

(4) قوله: (يضمن) زيادة من (ف2).

(5) في (ش): (تميز).

(6) في (ش): (و).

(7) قوله: (لمن هي منهما) في (ف2): (منهما).

(8) في (ف2): (دراهما).

(9) انظر: المدونة: 10/359.

(10) في (ش): (أودعت).

استهلك أولاً، ولو كان قد رد ما استهلك؛ لم يضمن شيئاً بعد ذلك، وهو مصدق أنه رد فيها ما أخذ كما يصدق في ردها إليك وفي تلفها،(1) وفيها قول آخر لمالك(2).

وكذلك إن تسلف جميعها ثم رد مثلها مكانها(3) لبرئ كان أخذه إياها على السلف، أو على غيره فلا شيء عليه إن هلكت بعد أن ردها(4).

ولو كانت ثياباً فلبسها حتى بليت، أو استهلكها ثم رد مثلها لم تبرأ ذمته من قيمتها، لأنه إنما لزمته قيمة.

وإن أودعته حنطة فخلطها صبي أجنبي بشعير للمستودع، ضمن الصبي ذلك في ماله، فإن لم يكن له مال ففي ذمته لهذا مثل حنطته، ولهذا مثل شعيره، يريد ويباع هذا المخلوط عليه فيما لزمه(5).

قال: وإن اختارا ترك الصبي ويكونان في المخلوط شريكين بقدر قيمة طعام كل واحد بعد العلم بكيله فعلاً، ولو أعطى أحدهما للآخر مثل طعامه على أن يدع له جميع

---

(1) انظر: المدونة: 10/362.

(2) قوله: (وفيها قول آخر لمالك) زيادة من (ف2).

(3) قوله: (مكانها) زيادة من (ف2).

(4) انظر: المدونة: 10/361.

عياض: وقوله في: (الذي استسلف من وديعة عنده ثم ردها أنه يبرأ أرأيت إن أخذها على غير وجه السلف فردها أيبرأ ؟ قال: هو عندي... سواء)، فلم يفرق بين أخذها على وجه السلف ليردها أو على غيره، ولم يبين ما ذاك الغير: أهو تعد؟ أم وجه آخر غير السلف؟وظاهره أن الجميع سواء؛ لأنه إنما لزمت ذمته، فقد أخرجها عنه وصرفها لأمانته كما كانت قبل وكالسلف، سواء، وقيل: لعل معناه إن لم يعرف أنه قصد التعدي، ولو عرف أن قصده بأخذها التعدي وأن يأكلها ولا يردها، لكان ضامناً على كل حال ولو ردها ببينة؛ لأنه قد أخرج نفسه من الأمانة بالتعدي. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2665، 2666.

(5) عياض: قوله في: (خلط الصبي قمح الوديعة بشعير المودع: أن لهما أن يتركا الصبي ويشتركان هذا بقيمة شعيره، وهذا بقيمة حنطته يريد بعد معرفتهما بالكيل)، وهذا مذهب أَشْهَب - أيضاً - ومنعه سحنون، وقال: لا يجوز رضاهما بذلك، كما لا يجوز لرجلين خلط مثل ذلك على أن يشتركا. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2655.

المخلوط لم يجز، إلا أن يكون هو المتعدي في[1] خلطه فيجوز، لأنه قضاء لما لزمه[2].

وروى أبو زيد أن يبيعاه[3] ثم يقتسمان الثمن على قدر قيمة طعام كل واحد منهما.

أبو محمد[4]: يريد يوم خلطه الصبي. [(ش: 62/أ)]

قال يحيى: أجاز[5] أشهب: أن يعطى لصاحبه مثل طعامه، قال يحيي: قبل أن يفترقا وإلا لم يجز[6].

قال أبو محمد: ورأيت في المجموعة، قال أشهب: لا يجوز أن يعطي صاحبه مثل طعامه ويأخذ المخلوط؛ لأنه أخذ بما وجب له على الغاصب قمحاً مع شعير على أن يؤدي شعيراً.

قال سحنون: هذه[7] أصح، كأنه قال: ليس لهما أخذ الطعام، وقسمته[8] على تساوٍ أو تفاضل[9].

قال ابن القاسم في المدونة: ومن أودعته مالاً فتجر فيه فالربح له، وليس عليه أن يتصدق بالربح، وتكره له التجارة[10] بالوديعة[11].

وإن أودعته مالاً فاستهلكه ابنه الصغير، فذلك في مال الابن، فإن لم يكن له مال ففي ذمته، وإن استهلكه عبده فهي جناية، فإما فداه بذلك أو أسلمه.

---

(1) قوله: (في) ساقط من (ش).

(2) انظر: المدونة: 10/360.

(3) في (ش): (يبيعا).

(4) قوله: (منهما أبو محمد) زيادة من (ف2).

(5) في (ش): (قال).

(6) انظر: النوادر والزيادات: 10/322.

(7) في (ف2): (هذا).

(8) في (ف2): (أو قسمه).

(9) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 10/321.

(10) في (ف2): (الإجارة).

(11) انظر: المدونة: 8/397.

وإن أودعت عبداً محجوراً عليه وديعة فأتلفها، فهي في[1] ذمته إن أعتق يوماً إلا أن يفسخها عنه السيدُ في الرق وله ذلك، لأن ذلك يعيبه.

وما أتلف المأذون أو المكاتب من وديعة بيده فذلك في الذمة لا في الرقبة، لأن الذي أودعه متطوع بالإيداع وليس للسيد أن يفسخ ذلك عنهما، وكذلك ما أفسد العبد الصانع المأذون له في الصناعة مما دفعه إليه ليعمله أو يبيعه فأتلفه، وكذلك من ائتمنه على شيء أو أسلفه فإن ذلك في ذمته لا في رقبته، ولا فيما بيده[2] من مال السيد[3].

ومن أودع صبياً وديعة بإذن أهله أو بغير إذنهم فضاعت؛ لم يضمن.

ومن باع منه سلعة فأتلفها فليس له اتباعه[4] بثمن ولا قيمة[5].

ولو ابتاع من الصبي سلعة ودفع الثمن إليه فأتلفه، فالمبتاع ضامن للسلعة، ولا شيء له قبل الصبي من الثمن.

ومن أودعته وديعة فأتاه رجل فزعم أنك أمرته بأخذها فدفعها إليه فضاعت؛ فالدافع ضامن، فإن ضمنته كان له الرجوع على آخذها منه.

وقال أشهب: لك اتباع أيهما شئت، فمن ضمنته فليس له الرجوع على الآخر[6].

---

(1) قوله: (فهي في) يقابله في (ف2): (ففي).

(2) عياض: وقوله في: (العبيد إذا أخذوا الودائع بإذن سادتهم، هو دين في ذمتهم)؛ يريد وأموالهم كسائر الديون، وكذلك نص عليه في كتاب محمد، وهو دليل الكتاب من قوله بإثر المسألة: (ما أفسده الصناع من العبيد أنه في ذممهم وأموالهم). اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2657.

(3) في (ف2): (لسيده).

(4) في (ش): (ابتاعه).

(5) انظر: المدونة: 10/370.

(6) انظر: المدونة: 10/363.

قال[1]: ومن أودعك وديعة، ثم[2] غاب فلم يدر أين موضعه أو هو حي أو ميت ولا من ورثته[3] فإنك تتأنى بها، فإن طال الزمان وأيست منه، فينبغي أن تتصدق بها عنه.

ومن أودعته أمة فوطئها؛ فعليه الحد، والولد عبد لك.

ومن أودعته بقراً أو[4] أتناً أو نوقاً فأنزى عليهن فحملن فمتن من الولادة، أو كانت أمة فزوجها فحملت فماتت من الولادة؛ فهو ضامن، وكذلك لو عطبت تحت الفحل.

قال أشهب: لا يضمن لأنه فعل صلاح، وكذلك لا يضمن الجواري[5]، وأنكر يحيى بن عمر قول أشهب في الجواري[6].

قال ابن القاسم[7]: ومن أودعته أمة فزوجها بغير إذنك فهو ضامن لما نقصها التزويج[8].

---

(1) قوله: (قال) زيادة من (ف2).

(2) قوله: (ثم) زيادة من (ف2).

(3) في (ف2): (ورثه).

(4) في (ش): (و).

(5) انظر: النوادر والزيادات: 10/447.

(6) انظر: المدونة: 10/376.

(7) قوله: (قال ابن القاسم) ساقط من (ف2).

(8) عياض: وقوله في: (الذي زوج الأمة الوديعة وقد ولدت وفي الولد وفاء لما نقصها التزويج لا شيء عليه ويردها ولا يغرم ما نقصها)؛ معناه إن أراد أخذها، ولو أراد تضمينه أخذ قيمتها بغير ولد. كذا جاء مفسراً بعد هذا في الكتاب، وقال ابن أبي زمنين: إذا أخذ قيمتها فعلى أنها خالية من زوج يوم بنى... بها الزوج، وفي حاشية كتاب أبي عبد الله بن عتاب عن بعض الشيوخ: قيمتها يوم تعدى عليها في إنكاحها.

وقوله في المدونة بعد هذا: (وإن أحب أخذها وولدها وإن أحب أن يضمنه إياها إذا نفست ويأخذ قيمتها).

واختلف في معنى هذا اللفظ، فقال ابن أبي زمنين: سقطت لفظة: إذا نفست من بعض الروايات، وسقوطها أصح، وتأول بعضهم اللفظ أن معناه أن التخيير إنما يكون بعد النفاس ومزايدة الولد لها؛ =

يريد: ويفسخ النكاح.

وإن ولدت وكان في الولد ما يجبر به نقص النكاح، لم يغرم لنقص النكاح شيئاً، وربها مخير إن شاء أخذها وولدها وإن شاء ضمنه قيمتها[1].

قال يحيي: يوم بنى بها الزوج على أنها خالية بلا زوج.

وقال[2] مالك: فيمن رد أمة ابتاعها بعيب وقد زوجها وولدت، أن الولد يجبر به نقص النكاح، وقال غيره: لا يجبر بالولد نقصاً[3].

ومن أودعته إبلاً فأكراها إلى مكة ورجعت بحالها فأنت مخير في[4] تضمينه قيمتها يوم تعديه، ولا كراء لك، أو تأخذها وتأخذ كراءها، وكذلك المستعير يزيد في المسافة أو المكتري[5].

ومن أودعك عبداً فبعثته في سفر أو في أمر يعطب في مثله فهلك ضمنته، وأما إن بعثته لشراء بقل أو غيره [(ش: 62/ب)] من حاجة تقرب[6] من منزلك لم تضمن[7].

ومن أودع رجلين وديعة فلتكن عند أعدلهما، كالمال بيد الوصيين فإذا[8] لم يكن في الوصيين عدل خلعهما السلطان، ووضع المال عند غيرهما.

= إذ حينئذ يكون ولدا، ويجبر نقصها، وقد يحتمل أن يريد بالنفاس الحمل على تجوز في هذا اللفظ؛ لكونه بسببه كما أن قوله قبل هذا يوم بنائه بها فيه تجوز، فقد يكون الحمل بعد البناء بمدة وإنما تقوم من الوقت الذي تحقق فيه حملها. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2664 و2665.

(1) انظر: المدونة: 10/377 و378.

(2) في (ف2): (وقاله).

(3) انظر: المدونة: 7/324، 325.

(4) في (ش): (لا).

(5) انظر: المدونة: 10/376.

(6) في (ف2): (بقرب).

(7) في (ش): (يضمن)، وانظر المسألة في: المدونة: 10/382.

(8) في (ف2): (وإذا).

القضاء في التداعي في الودائع أو[1] البضائع، وغير ذلك من مسائل الودائع

قال ابن القاسم: ومن بيده وديعة أو قراض لرجل فقال له: رددت ذلك إليك: فهو مصدق، وفي الباب الأول الحجة في ذلك.

قال ابن القاسم: إلا أن يكون قبض ذلك ببينة فلا يبرأ إلا ببينة[2]، يريد: لأنه ائتمنه بتوثق فلا يخرج من ذلك إلا ببينة[3].

وإن دفعت إليه مالاً ليدفعه إلى رجل فقال: دفعته إليه وأنكر ذلك الرجل، فإن لم يأت الدافع إليه ببينة ضمن قبض ذلك منه ببينة أو بغير بينة، كالوصي يدعي الدفع إلى الأيتام[4].

ولو شرط الرسول أن يدفع المال إلى من أمره بغير بينة لم يضمن، وإن لم تقم له بالدفع بينة إذا ثبت هذا الشرط، وأما في دعواه أنه رد المال إليك فهو مصدق، إلا أن يكون قبضه ببينة فلا يبرأ إلا ببينة، ولو قال في الوديعة والقراض: قد رددت ذلك إلى ربه مع رسولي كان ضامناً، وإن بعثت[5] معه بالمال إلى رجل ببلدة[6] فقدمها الرسول ثم مات بها، وزعم الرجل أن الرسول لم يدفع إليه شيئاً، فلا شيء لك[7] في تركته، ولك اليمين على من يجوز أمره من ورثته[8] أنه ما يعلم

(1) في (ف2): (و).

(2) انظر: المدونة: 396/8.

(3) قوله: (يريد لأنه ائتمنه بتوثق فلا يخرج من ذلك إلا ببينة) ساقط من (ش).

(4) انظر: المدونة: 366/10.

(5) في (ف2): (بعث).

(6) في (ف2): (ببلد).

(7) في (ف2): (له).

(8) عياض: وقوله في (الذي بعث بمال إلى بلد؛ ليدفعه لرجل فهلك الرسول بالبلد، ولم توجد البضاعة ولا اعترف المبعوث إليه بقبضها، يحلف من ورثة الرسول الكبار ما يعلم لها سببا، ولا شيء لرب المال في تركة الرسول). وخالف في هذا أَشْهَب، وقال: هو ضامن من حمله أكثرهم على الخلاف. وتأول حمديس قوله في الكتاب أن هذا فيما تطاول، وأن الذي يجيء على أصله في القرب أن يضمن،

لذلك سبباً[1].

وفي رواية يحيى بن يحيى عن ابن القاسم: أنه قال[2]: إذا كان قد أقام بالبلد ما يمكنه دفع ذلك فيه.

قال ابن القاسم في المدونة: ولو مات قبل أن يبلغ البلد فلم يوجد للمال أثر فإنه يضمنه، ويؤخذ من تركته.

قال سحنون: رواية سوء، وقول أشهب أعدل.

قال أشهب: لا يبرأ ورثة الميت من المال، وعليهم غرمه إلا أن يقيموا البينة[3] أن الرسول دفعه، وقاله[4] أصبغ.

قال ابن القاسم: ومن بعث معه بمال ليدفعه إلى رجل صدقة، أو صلة، أو سلفاً، أو من ثمن بيع، فقال: قد دفعته إليه[5] وأكذبه الرجل لم يبرأ الرسول إلا ببينة، وكذلك إن أمرته بصدقته على قوم معينين وإن صدقه بعضهم وأكذبه[6] بعضهم ضمن حصة من أكذبه[7].

وإن أمرته بصدقة على غير معينين، فهو مصدق مع يمينه وإن لم يأت ببينة[8].

وقد جرى في اختصار الوكالات شيء من هذا المعنى، ومن الحجة فيه.

وإن بعت من رجل ثوباً، وبعثت معه عبدك، أو أجيرك ليقبض الثمن، فقال: قد

وكذلك ضمنه في كتاب محمد. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2657، 2658.

(1) في (ش): (سبيلاً)، وانظر المسألة في: المدونة: 10/364.

(2) قوله: (قال) ساقط من (ف2).

(3) في (ف2): (بينة).

(4) في (ش): (وقال).

(5) في (ش): (إليك).

(6) في (ف2): (وكذبه).

(7) في (ف2): (كذبه).

(8) انظر: المدونة: 10/365.

قبضته فضاع مني، فإن لم يقم المشتري البينة بالدفع إلى رسولك[1] ضمن[2].

ومن أودعته وديعة فجحدك إياها فأقمت عليه بينة فإنه يضمن.

ومن قال: لرجل[3] أقرضتك كذا وكذا، وقال: الرجل بل أودعتنيه وتلف، فالقول قول رب المال.

ولو قال رب المال: بل[4] غصبتنيه[5] أو سرقته مني، فهو[6] مدع، لأنه من معنى التلصص فلا يصدق عليه ولا أضمنه له[7] لإبطال الدعوى التي بها أراد تضمينه[8].

ولو قال الدافع: إنما قضيتكه[9] من دينك[10] علي، أو رددته إليك من القراض الذي لك عندي، وقال الآخر: بل أودعتنيه [(ش: 63/أ)] فضاع مني، فالقول قول الدافع مع يمينه.

فإن كانت لك عند رجل ألف درهم قرضاً وألف وديعة فأعطاك ألفاً، أو بعث بها إليك ثم زعم أنها[11] القراض وأن الوديعة قد تلفت، وقلت: أنت بل التي قبضت الوديعة، فالقول قول المستودع كما يصدق في ذهاب الوديعة[12]، وهذه مبينة في كتاب محمد بن سحنون[13].

---

(1) في (ش): (رسوله).

(2) انظر: المدونة: 10/373 و374.

(3) قوله: (لرجل) زيادة من (ف2).

(4) قوله: (رب المال بل) يقابله في (ف2): (ربه).

(5) في (ش): (أغصبتنيه).

(6) في (ف2): (فهذا).

(7) قوله: (له) زيادة من (ف2).

(8) انظر: المدونة: 10/368.

(9) في (ف2): (قضيتك).

(10) في (ش): (دين).

(11) في (ش): (أن).

(12) انظر: المدونة: 10/369.

(13) انظر: النوادر والزيادات: 9/352.

قال: القول قول الدافع للدنانير أنها من المائة الدين، ولا يلتفت إلى قول رب المال والمستودع مصدق في ذهاب الوديعة.

ومن أودعته وديعة فادعى أنك أمرته بدفعها إلى فلان؛ ففعل وأنكرت أنت أن تكون أمرته فهو ضامن، إلا أن تقوم له بينة أنك أمرته بذلك[1].

وإن بعثت إليه بمال فقال تصدقت به علي، وصدقه الرسول وأنت منكر للصدقة[2] فالرسول شاهد يحلف معه المبعوث إليه، ويكون له[3] المال صدقة عليه[4].

---

(1) عياض: وقوله: (فيمن دفع وديعة عنده لرجل، وقال لربها: بذلك أمرتني وأنكر ربها، هو ضامن، إلا أن تقوم له بينة بأمره بذلك)، ولم يقل في الكتاب أنه قامت البينة على دفعها، وكذلك يأتي على أصله.

وكذلك قال أَشْهَب: هو ضامن وإن شهدت البينة بأمره، حتى تقوم البينة على أنه دفع، وفي المبسوط لابن وَهْب عن مالك: إن لم يشهد ربه عليه بها صدق الرسول أنه أمره بذلك ويحلف. وفي كتاب ابن حبيب لعبد الملك أن الرسول مصدق بكل حال، كان دينا أو صلة أنكره القابض أو أقر له إلا أن يقول له: اقض عني فلاناً دينه علي، فيضمن إن لم يشهد أن الرسول مصدق بكل حال. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2658 و2659.

(2) في (ش): (الصدقة).

(3) قوله: (له) زيادة من (ف2).

(4) عياض: وقوله في: (الذي بعث بالمال لرجل، فيقول المبعوث إليه: تصدق به علي، ويصدقه الرسول ويجحد رب المال، قال: يحلف المبعوث إليه مع شهادة الرسول)؛ ظاهره جواز شهادته بكل حال، فعلى هذا تأولها القاضي إسماعيل، وهو قول عبد الله بن عبد الحكم أن شهادة الرسول جائزة بكل حال؛ لأنه لم يتعد لإقرار بها له أنه أمره بالدفع إلى من ذكر،... فشهادته جائزة، وذهب سحنون إلى أن معنى ذلك أن المال في يد الرسول بعد لم يدفعه، ولو دفعه كان ضامناً أو أنهما حاضران والمال حاضر، ولو أنفقه المبعوث إليه لم تجز شهادة الرسول؛ لأنه يسقط الضمان عن نفسه، وقال أَشْهَب: لا تجوز شهادة الرسول؛ لأنه يدفع عن نفسه الضمان.

وتأول أبو محمد مذهب أَشْهَب على قريب من مذهب سحنون أن المتصدق عليه عديم، وقد أتلف المال ولا بينة للرسول على الدفع، وأما وهو ملي أو قامت للرسول بينة على الدفع فشهادته جائزة، وجعل بعضهم قول ابن القاسم وأَشْهَب وفاقاً على نحو ما ذهب إليه سحنون، وتأوله ابن أبي زيد، وهو مفهوم كتاب محمد وتعليله للقولين أن كل واحد منهما إنما تكلم على وجه لم يتكلم عليه الآخر، وقول ابن عبد الحكم ينبني على اختلافهما؛ لقوله: هو أحب ما سمعت إلي في ذلك. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2660، وما بعدها.

قيل: كيف يحلف ولم يحضر، قال: كما يحلف الصبي إذا كبر مع شاهده[1] في دين أبيه[2].

قال في كتاب آخر: وإن شهد المودع بذلك والموهوب غائب، لم تجز شهادته إلا بحضرته لتهمة المودع أن بقي المال بيده حين طلبه ربه منه.

وقال ابن الماجشون وأصبغ: وإن كان قد دفع المال إلى فلان، لم تجز شهادته له[3] ويغرم واختلف فيه إذا غرم هل يرجع على فلان بشيء، وأما لو أدى فلان لعدم[4] الدافع، فلا يرجع بشيء على الدافع[5].

ومن أودعته وديعة فقال: أنفقتها على أهلك وولدك وصدقوه بذلك؛ فهو ضامن، إلا أن يقيم بينة ويكون ما أنفق يشبه نفقتهم ولم يكن يبعث إليهم[6].

ومن استودعك دابة وغاب فأنفقت عليها بغير أمر السلطان، فإنك إن أقمت بينة أنه أودعكها فإن الإمام يبيعها ويعطيك ما ادعيت من النفقة، وإن لم يشهدوا بها إذا لم تدَّعِ شططاً.

ومن لك عليه مال من وديعة أو قرض[7] أو بيع فجحدك، ثم صار له بيدك مثله بإيداع أو بيع أو غيره.

---

(1) في (ف2): (شاهد).

(2) انظر: المدونة: 10/373.

(3) قوله: (له) ساقط من (ف2).

(4) في (ش): (لغرم).

(5) انظر: النوادر والزيادات: 7/222.

(6) عياض: وقوله في: (الذي أنفق الوديعة على أهل صاحبها وأقروا له بذلك لا ينتفع بإقرارهم، إلا أن تقوم له بينة على ذلك، ويبرأ إذا كان ما أنفق يشبه)، زاد في رواية ابن وضاح وابن باز: ولم يكن صاحب الوديعة يبعث إليهم بالنفقة، وسقطت لابن هلال وبها تتم المسألة، وتصح على ما أصله، وكذا... بينها أَشْهَب، ووقع في بعض نسخ المدونة (وقال غيره: إن صدقه أهله وولده وأقر رب الوديعة أنه لم يكن بعث إليهم بشيء، فلا شيء على المستودع إذا كان يشبه نفقة مثلهم، وإن أنكر رب الوديعة، وقال: كنت أبعث إليهم النفقة ضمن المستودع ما أنفق). اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2663، 2664.

(7) في (ش): (قراض).

قال مالك: لا ينبغي لك[1] أن تجحده[2]، وقد روي: «**أدِّ الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك**»[3].

قال غيره: إن لم يكن على الجاحد من الدين ما ينقصك في المحاصة عما بيدك وأمنت أن يحلف كاذباً إذا حلفت، فلك أن تعتقد بقدر حقك[4].

وإن أودعك عبد وديعة فقام سيده بأخذها والعبد غائب، فإنه يقضي له بأخذها[5].

وقال[6] مالك: فيمن ادعى متاعاً بيد عبد غير مأذون وصدقه العبد وقال رب العبد: بل المتاع لي، فالقول قول السيد، لأنه حائز لما بيد عبده، وكذلك لو قال: بل المتاع لعبدي فهو سواء، والقول قوله، ولو كان العبد مأذوناً، فالقول قول العبد[7]، وكذلك في إقراره بدين[8].

تم كتاب الوديعة



---

(1) قوله: (لك) زيادة من (ف2).

(2) في (ش): (يجحده).

(3) انظر: المدونة: 10/381، 382.

والحديث صحيح: أخرجه أبو داود: 2/312، في باب في الرجل يأخذ حقه من تحت يده، من كتاب الإجارة، برقم: 3535، والترمذي: 3/564، في كتاب البيوع، برقم: 1264، وقال: هذا حديث حسن غريب، والدارمي: 2/343، في باب في أداء الأمانة واجتناب الخيانة، من كتاب البيوع، برقم: 2597، والحاكم: 2/53، برقم: 2296. من حديث أبي هريرة ﷺ.

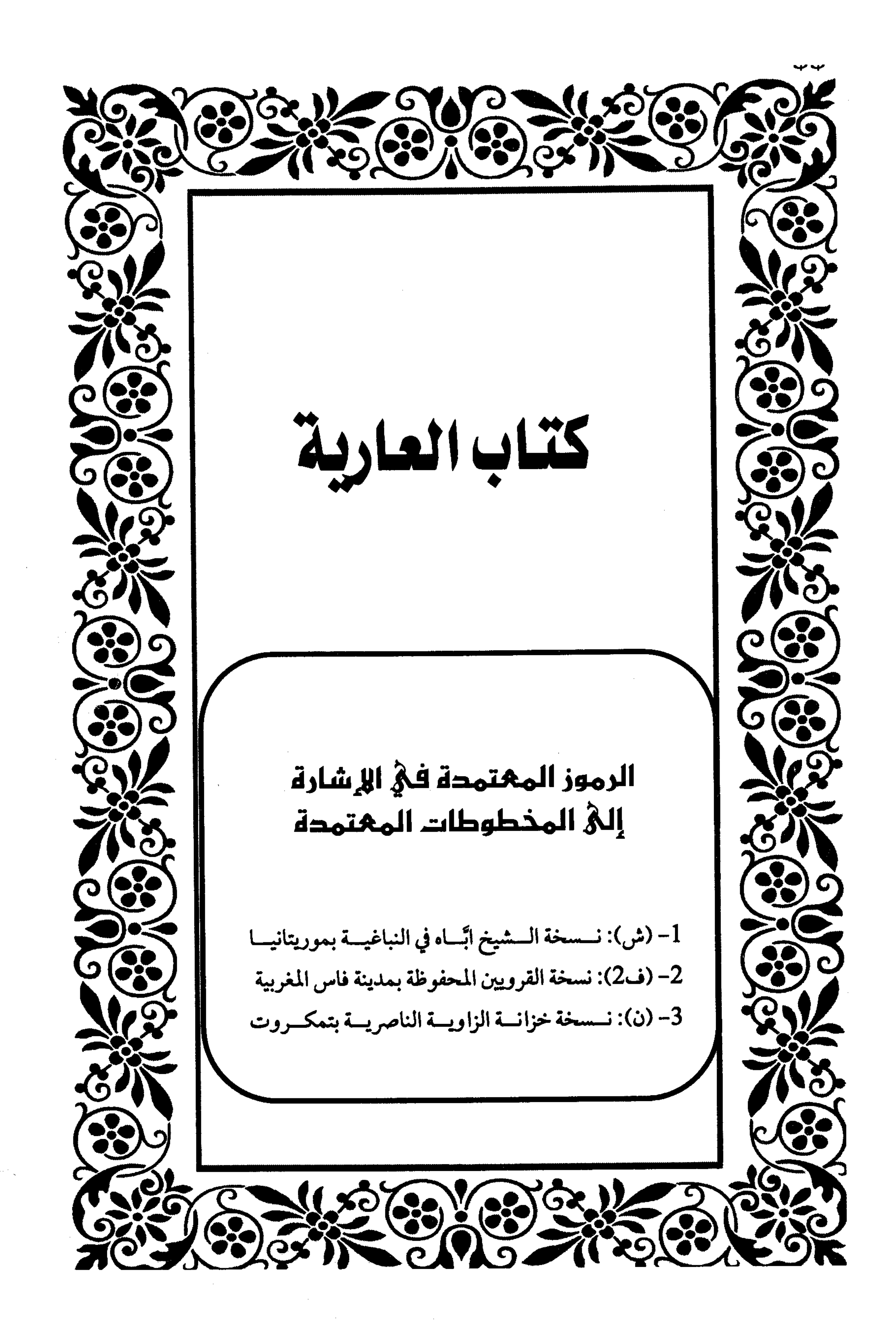
(4) انظر: النوادر والزيادات: 9/352.

(5) في (ش): (بأخذهما)، وانظر المسألة في: المدونة: 10/383.

(6) قوله: (الواو) ساقط من (ف2).

(7) قوله: (فالقول قول العبد) ساقط من (ش).

(8) انظر: المدونة: 10/383.



كتاب العارية

الرموز المعتمدة في الإشارة إلى المخطوطات المعتمدة

1- (ش): نسخة الشيخ ابّاه في النباغية بموريتانيا

2- (ف2): نسخة القرويين المحفوظة بمدينة فاس المغربية

3- (ن): نسخة خزانة الزاوية الناصرية بتمكروت



كتاب العارية

جامع القول في العارية
وذكر عارية الأرض والمغارسة

والقضاء[1] في العاريّة[2]: أن تكون مضمونة؛ لأن رسول الله ﷺ قال: لصفوان في السلاح[3] الذي استعار منه «بل[4] عارية مودَّاة»[5].

قال ابن القاسم: فالعارية مضمونة فيما يغاب عليه من ثوب، أو غيره من العروض، فإن ادعى المستعير أن ذلك هلك، أو سرق، أو تحرق، أو انكسر[6] فهو ضامن، إلا أن يقيم بينة، [(ش: 63/ب)] أن ذلك هلك بغير سببه فلا يضمن، إلا أن يكون منه تضييع، أو تفريط بيّن[7] فيضمن[8].

---

(1) قوله: (الواو) زيادة من (ف2).

(2) قال القاضي عياض: (... هي بتشديد الياء) انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2641، وقال في المشارق: (وقد ذكر فيه تخفيف الياء... مشتقة من العار وهو ما يعاب به المرء من الأفعال القبيح)، مشارق الأنوار على صحاح الآثار: 2/105، تركيب: (عور).

(3) في (ش): (السلام).

(4) في (ش): (كل).

(5) صحيح، أخرجه أبو داود 2/320، في باب تضمين العارية، من كتاب الإجارة، برقم (3566)، والنسائي في سننه الكبرى 3/409، في باب تضمين العارية، من كتاب العارية، برقم(5776)، والحاكم في المستدرك 2/54، في كتاب البيوع، برقم(2301)، وقال: (حديث صحيح على شرط مسلم و لم يخرجاه)، وأحمد 4/222، في مسند الشاميين، من حديث يعلى بن أمية ﷺ، برقم (17979)، والدارقطني3/83، في كتاب البيوع، برقم (157)، والبيهقي في سننه الكبرى 6/88، في باب العارية مؤداة، من كتاب العارية، برقم (11255)، وابن حبان 11/22، في باب الخروج وكيفية الجهاد، من كتاب السير، برقم(4720).

(6) قوله: (أو سرق أو تحرق أو انكسر) ساقط من (ف2).

(7) قوله: (بين) زيادة من (ف2).

(8) انظر: المدونة: 10/390.

وقال[1] أشهب: يضمن وإن أقام بينة[2] أنه هلك بغير سببه؛ لظاهر الحديث فيما يغاب عليه كالسلاح الذي فيه الأثر[3].

قال ابن القاسم: وكل ما علم أنه هلك، أو نقص فيما استعير له؛ فلا يضمنه، قال: ولا يضمن ما لا يغاب عليه من حيوان، أو غيره وهو مصدق في تلفه، ولا يضمن شيئاً مما أصابه عنده، إلا أن يكون بتعديه[4]. ومن استعار دنانير، أو دراهم، أو طعاماً، أو إداماً، فذلك سلف مضمون لا عارية[5].

وقال مالك: فيمن حبس على رجل مائة دينار يتجر بها أمداً معلوماً، فإنه ضامن لما نقصت، وهي كالسلف وذلك جائز، فإن شاء قبلها على ذلك، أو ردها فترجع مورثاً.

وقال: في امرأة حبست دنانير على ابنة[6] ابنتها على أن تنفق منها إن أرادت الحج، أو نَفَسَت، فذلك نافذ فيما شرطت، وليس للابنة أن تتعجلها قبل ذلك على أن تضمنها[7].

ومن استعار دابة ليركبها حيث شاء، فركبها إلى الشام، أو إلى إفريقية، فإن كان وجه عاريته إلى مثل ذلك؛ فلا شيء عليه، وأما إن سأل رجلاً يسرج[8] له دابة ليركبها[9] في حاجة، فيقول ربها: اركبها حيث شئت، فيمضي فيسافر عليها، فقد علم الناس أن هذا ليس وجه ما أعارها له[10].

قال مالك في مسائل عبد الرحيم: فيمن استعار دابة، فلما ردها زعم ربها أنه

---

(1) قوله: (الواو) زيادة من (ف2).

(2) في (ف2): (البينة).

(3) قوله: (الأثر) غير مقروء في (ش)، وانظر المسألة في: النوادر والزيادات: 10/186.

(4) قوله: (بتعديه) غير مقروء في (ش)، وانظر المسألة في: المدونة: 10/390.

(5) انظر: المدونة: 10/400.

(6) في (ش): (بيت)، والمثبت موافق لما في المدونة.

(7) انظر: المدونة: 10/399، وما بعدها.

(8) في (ف2): (يشرح)، وفي المدونة: 10/386: (أسرج).

(9) قوله: (دابة ليركبها) يقابله في (ف2): (دارته).

(10) قوله: (له) زيادة من (ف2).

أعارها إياه إلى دون ما ركبها إليه، أو إلى بلد آخر، فالقول قول المستعير، إن ادعى ما يشبهه[1].

المطروح ليس من رواية يحيى[2].

قال سحنون: يعني القول قول المستعير يعني في رفع[3] ضمانها لا في الكراء[4].

قال ابن القاسم: ومن ركب دابة لرجل إلى بلد، وادعى أنه أعاره إياها، وقال ربها: أكريتها، فالقول قول ربها، إلا أن يكون ليس مثله يكري[5] الدواب؛ لشرفه وقدره[6].

ومن استعار دابة ليحمل عليها حنطة، فحمل عليها حجارة، فكل ما حمل مما هو[7] أضر بها[8] مما استعارها له، فعطبت به[9] فهو ضامن، وإن كان مثله في الضرر؛ لم

---

(1) في (ف2): (يشبه)، انظر: المدونة: 10/385، وما بعدها.

قال عياض: وقوله: (في مسألة عبد الرحيم، في اختلاف المعير والمستعير، في ركوب الدابة، القول قول المستعير، إن كان يشبه قوله مع يمينه).

قال أبو عِمرَان: هذا يدل أن العارية إذا كانت مسجلة مهملة أنها تحمل على عوائد الناس في مثلها.

وقال ابن وضاح: أمر سحنون بطرح المسألة كلها.

انظر: التنبيهات المستنبطة: ص 2642.

(2) قوله: (المطروح ليس من رواية يحيى) ساقط من (ف2).

(3) في (ف2): (دفع).

(4) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 9/238، وليس من قول سحنون، إنما من قول أشهب، ونصه: (وإن قال: أعرتنيها إلى موضع كذا وقال ربها إلى موضع دونة فإن لم يركبها فربها مصدق مع يمينة وإن ركبها المستعير إلى موضع قال فالقول قولة مع يمينة عند ابن القاسم وقال أشهب: يصدق فى رفع الضمان ولا يصدق فى رفع الكراء فيغرم كراء الزيادة مع يمين ربها).

(5) في (ش): (يكر).

(6) انظر: المدونة: 10/403 و404.

(7) قوله: (هو) ساقط من (ف2).

(8) قوله: (بها) ساقط من (ش).

(9) قوله: (له فعطبت به) يقابله في (ف2): (فعطبت له).

يضمن كحمله عدساً في مكان حنطة، أو حمل كتاناً، أو قطناً في مكان بز، وكذلك من اكتراها لحمل، أو ركوب فأكراها من غيره في مثل ما اكتراها؛ فلا شيء عليه.

وإن استعارها لحمل حنطة فركبها فعطبت، فإن كان ذلك أضر بها ضمن، وإن استعارها ليركبها، فركبها وأردف رديفاً[1] فعطبت؛ فربها مخيّر في أخذ كراء الرديف فقط، أو يضمنه قيمة الدابة يوم أردفه[2].

وقال[3] مالك في المكتري يزيد في الحمل ما تعطب بمثله: إن ربها مخير في أخذ كراء الزيادة مع الكراء الأول، أو يأخذ قيمة الدابة يوم التعدي فقط، وإن زاد أرطالاً يسيرة؛ لم يضمن الدابة، ويغرم كراء الزيادة[4].

وإن استعارها إلى مسافة، فجاوزها بها فتلفت؛ فربها مُخيّر في أن يُضَمّنَه قيمتها يوم تعدى، أو كراء الزيادة فقط.

وإن جاوز المسافة بمِيل ونحوه، ثم رجع بها إلى الموضع الذي استعارها إليه، ثم رجع بها ليردها إلى ربها، فعطبت في الطريق، فهي كمسألة مالك في مستعير الدابة إلى ذي الحُلَيْفَة فزاد يسيراً، ثم عطبت بعد أن ردها إلى ذي الحُلَيْفَة أو إلى الطريق، [(ش: 64/أ)] فإن كان تعدى إلى مثل منازل الناس؛ فلا شيء عليه، وإن جاوز ذلك بمثل الميل والميلين؛ ضمن.

ومن بعث رسولاً إلى رجل يعيره دابة إلى برقة، فقال له: يسألك فلان أن تعيره إياها إلى فلسطين، فأعاره فركبها المستعير ولا يدري فعطبت، فإن أقر الرسول بالكذب؛ فهو ضامن لها، وإن قال بذلك أمرتني[5] وأكذبه المستعير؛ فلا يكون الرسول هاهنا شاهداً؛ لأنه خصم، والمستعير ضامن، إلا أن يأتي ببينة أنه إنما أمره إلى برقة[6].

---

(1) في (ش): (رديعا)، والمثبت موافق لما في المدونة.

(2) انظر: المدونة: 10/386 و387.

(3) قوله: (الواو) ساقط من (ف2).

(4) انظر: المدونة: 10/388.

(5) في (ش): (أمرني).

(6) انظر: المدونة: 10/403.

قال غيره: رب الدابة مدع لتضمين المستعير.

قال أشهب: يحلف الراكب ما أمره إلا إلى برقة، ويحلف ربها[1] أنه ما أعاره إلا إلى فلسطين، ثم يغرم الراكب كراء ما بين برقة وفلسطين، ولو أقر الرسول بالتعدي لضمن الدابة لربها[2].

ومن استعار سيفاً للقتال، فضرب به فانكسر، فإن أقام بينة أنه كان معه في اللقاء؛ لم يضمن، وإن لم تقم بذلك بينة[3] ضمن[4].

قال سحنون: ولعله ضرب به ضرباً لا يجوز له[5].

وليس للمأذون أن[6] يعير شيئاً من ماله إلا بإذن سيده[7].

ومن أذنت له أن يبني في أرضك أو يغرس، فلما فعل أردت إخراجه، فأما بقرب إذنك له مما لا يشبه أن يعيره إلى مثل تلك المدة القريبة؛ فليس لك إخراجه إلا أن تعطيه ما أنفق وروى عن ابن القاسم قيمة ما أنفق[8]، وإلا تركته إلى مثل ما يرى الناس أنك أعرته إلى مثله من الأمد، وإذا أردت إخراجه بعد أمد يرى أنك أعرته إلى مثله؛ فلك أن تعطيه قيمة البناء والغرس مقلوعاً، - محمد: بعد طرح أجر قلعه -، وإلا أمرته بقلعه إلا أن يكون مما لا قيمة فيه له[9]، ولا نفع فيه من جص ونحوه، فلا شيء للباني فيه.

وكذلك لو ضربت للعارية أجلاً فبلغه، وليس لك ههنا إخراجه قبل الأجل، وإن أعطيته قيمة ذلك قائماً، وكذلك لو لم يبن ولم يغرس حتى أردت إخراجه؛ فليس لك

---

(1) في (ف2): (ربه).

(2) انظر: النوادر والزيادات: 10/462.

(3) قوله: (تقم بذلك بينة) يقابله في (ش): (يقم ذلك ببينة).

(4) انظر: المدونة: 10/402.

(5) انظر: النوادر والزيادات: 10/457.

(6) في (ش): (وأن).

(7) انظر: المدونة: 10/401.

(8) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 10/464.

(9) قوله: (له) زيادة من (ف2).

ذلك قبل الأجل، ولو لم يضرب له أجلاً كان ذلك لك[1].

وإذا سميت له أجلاً ولم تسم ما يبنى ويغرس؛ فليس لك منعه مما يبنى ويغرس إلا فيما يعلم أنه يضر فيه بأرضك.

وروى الدمياطي عن ابن القاسم: أنك وإن لم تضرب أجلاً فيها، فليس لك إخراجه حتى تبلغ إلى[2] ما يعار إلى مثله من الأمد[3].

وإذا ضربت له[4] أجلاً، ثم أراد الباني أن يخرج قبله؛ فله قلع بنائه أو غرسه، إلا أن تشاء أنت أخذه بقيمته مقلوعاً، إن كان فيه إذا قلع منفعة، وإن لم يكن فيه منفعة؛ فلا شيء له عليك[5].

وإن أعرته أرضك للزرع فزرعها؛ فليس لك إخراجه حتى يتم الزرع، إذ ليس مما يباع حتى يطيب[6]، فتكون فيه القيمة، وليس لك أخذه بكراء من يوم رمتَ إخراجَه، ولا فيما مضى[7].

وإن أعرته أرضك ليبني فيها ويسكن عشر سنين، ثم يخرج ويدع البناء لك، فإن بيّن صفة البناء ومبلغه، وضرب لذلك أجلاً؛ فهو جائز، وهي إجارة، وإن لم يصفه لم يجز، وإن وصفه، وقال: أسكن ما بدا لي ولم يؤجل، فمتى خرجت فالبناء لك؛ لم يجز ذلك، وإن بنى على هذا وسكن، فله قلع بنائه ولك عليه كراء أرضك، ولك أن تعطيه قيمته منقوضاً ولا شقصه.

ومن استعار مسكناً عشر سنين ثم مات، فورثته بمثابته، كان قد قبضه أو لم يقبضه، وإن مات المعير قبل القبض؛ بطلت العارية، وإن مات بعد [(ش: 64/ب)]

---

(1) انظر: المدونة: 10/391، 392.

(2) قوله: (إلى) ساقط من (ف2).

(3) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 10/464.

(4) قوله: (له) زيادة من (ف2).

(5) قوله: (له عليك) يقابله في (ش): (لك عليه).

(6) في (ش): (تطيب).

(7) انظر: المدونة: 10/393 و394.

القبض؛ نفذ ذلك كله إلى أجله.

وإن أعرته أرضك عشر سنين على أن يغرسها أصولاً على أن تكون[1] لك بعد المدة بشجرها لم يجز؛ إذ ليس للشجر حد معروف، والمغارسة من ناحية الجعل، فإنما يجوز أن تعطيه أرضك يغرسها أصولاً نخلاً أو كرماً أو فرسكاً أو تيناً أو شبه ذلك، فإذا بلغت شباباً كذا، فالشجر والأرض بينكما على النصف أو الثلث أو ما سميتما.

وإن أعطيتها له سنتين أو ثلاثاً[2] يغرسها شجرة كذا[3]، فإذا خرجت من الأرض فهي لك؛ لم يجز، بخلاف البناء؛ لغرر الغراسة فيما يثبت منها، كما لو استأجرته يغرس لك كذا وكذا شجرة مضمونة عليه إلى أجل؛ لم يجز، ولو كان بناء معلوماً يوفيكه[4] إلى أجل معلوم؛ لجاز[5].

قال أشهب: أنه جائز في الشجر إذا ضرب له أجلاً، كقول مالك إذا بلغت الشجر شباباً كذا، فالشجر والأرض بينهما[6].

فكذلك إذا ضرب أجلاً، ثم هي بعد[7] لرب الأرض خاصة؛ لأنه كأنه أكراه بشجر معلوم من الغراس كقوله: اغرس لي كذا وكذا شجرة بدينار[8]، فهو كالبنيان وليس[9] بغرر؛ لأنه على صفة.

---

(1) قوله: (على أن تكون) يقابله في (ف2): (ثم هي).

(2) في (ش): (ثلاثة).

(3) قوله: (كذا) زيادة من (ف2).

(4) في (ش): (يوفيك).

(5) انظر: المدونة: 10/394، 395.

(6) انظر: التبصرة، للخمي: ص 6045.

(7) في (ف2): (بعده).

(8) قوله: (بدينار) ساقط من (ف2).

(9) قوله: (الواو) زيادة من (ف2).

في العمرى[1] والرقبى[2] والإخدام

وروي أن رسول الله ﷺ قال: «**المسلمون على شروطهم**»[3]، والحديث الآخر رواه[4] جابر «**من أعمر عمرى له ولعقبه فإنها للذي يعطاها لا ترجع إلى الذي أعطاها، لأنه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث**»[5]، فإذا أعمر له ولعقبه؛ فهذا[6] سبيله مادام أحد من العقب الذين يتوارثون[7] تلك المنافع قائماً، ولكن من أعمر ولم يقل ولعقبه؛ لم يجز دخول العقب فيه؛ إذ الحديث إنما جعله للعقب المشترط.

وأعمرتك إنما هو مأخوذ من العمر، ولا فرق بين أجل مضروب وعمر مشترط، وكذلك لا فرق بين[8] أن يسكنه عمره، أو يسكنه حياة فلان، أو إلى قدوم فلان؛ لأن ذلك كله مجهول مما وجب في أحد هذه الوجوه وجب[9] في بقيتها.

---

(1) قال عياض: (... والعُمْرى مقصور، بضم العين وسكون الميم، وهي مأخوذة من عمر الإنسان؛ لأنه يسوغه هذه العطية والمنفعة بها مدة عمر أحدهما)، وقال في موضع اخر: (... كأنه قال: أسكنتك إياها عمرك أو عمرك وعمر عقبك وكذلك لو قال: عمري).
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2624.

(2) قال عياض: الرقبى - بضم الراء وسكون القاف - مقصورة، فسرها في الكتاب ومعنى اسمها، كأن كل واحد منهما يترقب عمر صاحبه، وإنما فسرت لكونها من جهتين، فخرجت عن حكم الوصايا، وعن حكم المعتق إلى أجل، ولو كانت من جهة واحدة مثل أن يقول: إن مت فاخدم فلاناً حتى يموت، ثم أنت حر، فهذا كالتعمير والعتق بعده وكالوصية بالخدمة، ثم بالعتق بعد انقضاء أجلها جائز كله، وقاله ابن كنانة. انظر: التنبيهات المستنبطة: ص: 2644.

(3) أخرجه أبو داود: 2/327، في باب في الصلح، من كتاب الأقضية، برقم (3594)، وسنده حسن صحيح.

(4) في (ش): (رواية).

(5) متفق عليه، أخرجه البخاري: 2/925، في باب ما قيل في العمرى والرقبى، من كتاب الهبة وفضلها، برقم: 2482، ومسلم: 3/1245، في باب العمرى، من كتاب الهبات، برقم: 1625، واللفظ لمسلم.

(6) في (ف2): (فهذه).

(7) في (ش): (توارثوا).

(8) قوله: (بين)ساقط من (ش).

(9) قوله: (وجب) ساقط من (ف2).

ويدل أن ذكر[1] العقب يرجع بعد نفاد العقب إليه أن مفهوم قول النبي ﷺ: **«من أعمر عمرى له ولعقبه»** إنما هو تمليك النفع دون الأصل، وهو الذي جرت فيه المواريث في ذلك النفع، ودل أنه ليس كتوارث الأصل، وأن وارث تلك المنافع العقب دون الزوجة، ومن ليس بالعقب[2] المعروف، فلما حصل في قوله، فإنها للذي يعطاها أنه النفع دون الأصل وانقرض العقب، ولم يكونوا ملكوا الأصل لم يبق إلا أن الأصل راجع إلى مالكه.

فهذا دليل أن[3] قوله: **«لا ترجع إلى الذي أعطاها»** أنها المنافع، وهي التي يتوارثها العقب، وهي التي جعل له النفع ما دام ذلك العقب قائماً، مع وجود العمل بالمدينة على ما تأولنا من ذلك، وما جرت به عوائد الناس من اشتراطهم في أموالهم ما لا يتجاوز ما شرطوه[4] إلا بإذنهم.

قال ابن القاسم: فمن[5] أعمر رجلاً داراً حياته؛ رجعت بعد موته إلى المعطي، وتكون العمريفي الرقيق [(ش: 65/أ)] والحيوان كله، ولم أسمع ذلك في الثياب وهو عندي على ما أعارها عليه من الشرط.

ولم يعرف مالك الرقبى، وفسرت له فلم يجزها، وهي أن تكون دار بين رجلين يحبسانها على أن من مات منهما أولاً، فنصيبه حبس على الآخر[6].

وسألته عن العبد بينهما يحبسانه على أن من مات أولاً، فنصيبه يخدم آخرهما موتاً حياته، ثم يكون العبد حراً بعده؛ فلم يجزه مالك إلا على أنه ألزمهما العتق إلى موتهما، ومن مات منهما فنصيبه يخدم ورثته دون صاحبه، ويبطل ما أوصيا به في الخدمة؛ لأنه خطر.

---

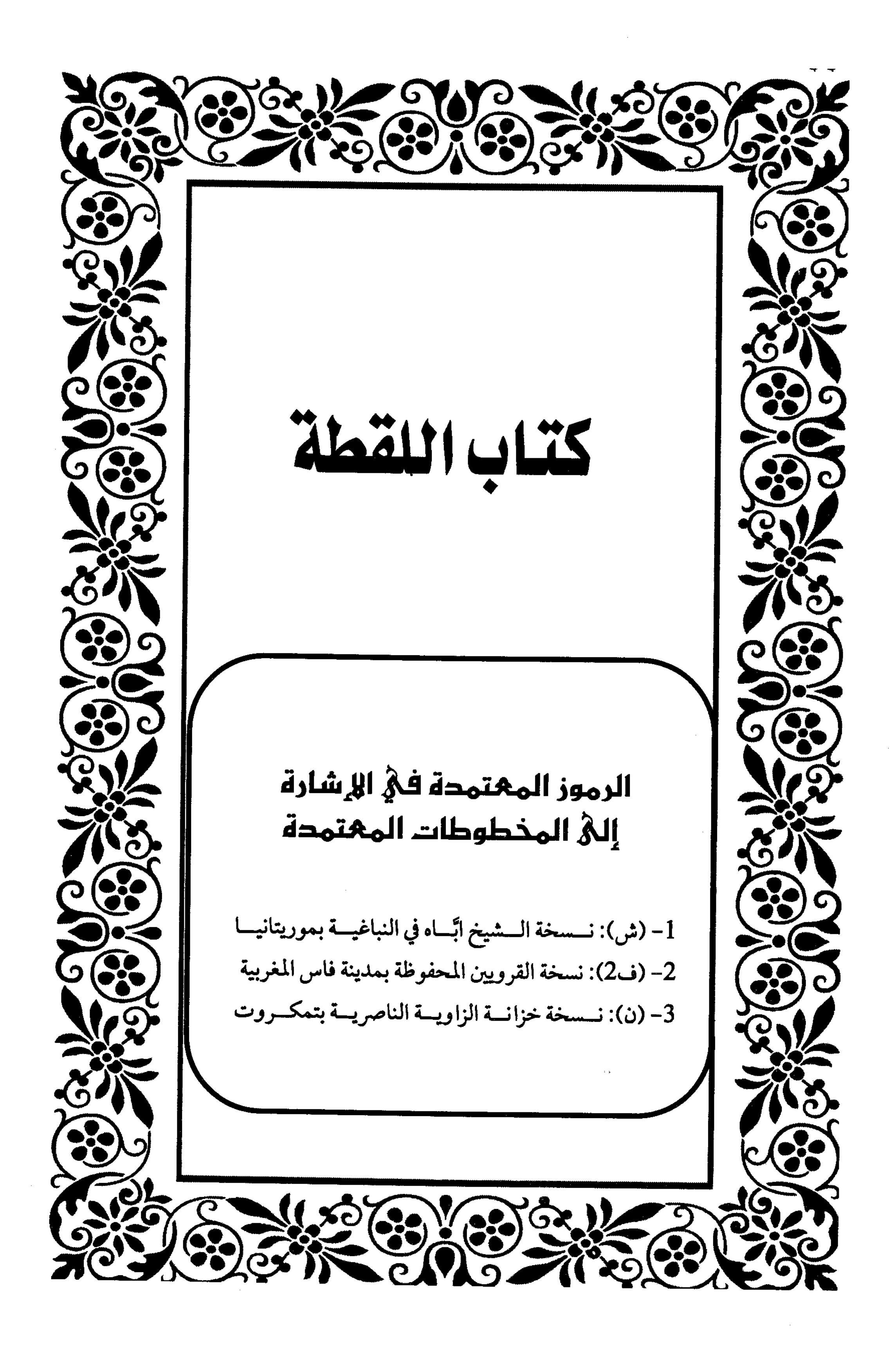
(1) في (ش): (ذاكر).
(2) في (ف2): (من العقب).
(3) قوله: (أن) زيادة من (ف2).
(4) في (ش): (شروطه).
(5) في (ف2): (في من).
(6) انظر: المدونة: 10/396 و397.

فإذا مات آخرهما؛ كان نصيب كل واحد حراً من ثلثه، كمن قال: إذا مت فعبدي يخدم فلاناً حياته، ثم هو حر، ولو قال: عبدي حر إلى موت فلان؛ كان من رأس المال، وكذلك لو كان ذلك في العبد الذي بين الرجلين، فمات أحدهما؛ لكان نصيب الحي من رأس ماله في قوله: نصيبي منه بعد موت فلان حر[1][2].



(1) انظر: المدونة: 10/398 و399.

(2) إلى هنا انتهى السقط المشار إليه في أول كتاب الوديعة من (ن).



كتاب اللقطة

الرموز المعتمدة في الإشارة إلى المخطوطات المعتمدة

1- (ش): نسخة الشيخ ابّاه في النباغية بموريتانيا

2- (ف2): نسخة القرويين المحفوظة بمدينة فاس المغربية

3- (ن): نسخة خزانة الزاوية الناصرية بتمكروت



كتاب اللقطة[1]

القضاء في اللقطة، وجامع القول فيها

قال الرسول ﷺ للسائل عن اللقطة: «**اعرف عفاصها، ووكاءها، ثم عرفها سنة، فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها**»[2].

قال ابن القاسم: وقد اختلف في تأويل قوله: «**فشأنك بها**».

فمن[3] التقط عيناً أو حلياً أو عرضاً؛ عرف بتلك اللقطة سنةً، فإن جاء ربها، وإلا لم آمره بأكلها كثرت أم قلَّت درهماً فأكثر منه، إلا أنه إن فعل كانت في ذمته، وإن شاء بعد السنة تصدق بها، وخير ربها إن جاء[4] في ثوابها أو يغرمها له فعل، وأكره له الصدقة بها قبل السنة إلا في الشيء التافه[5].

وإن التقطها عبد فأنفقها قبل السنة؛ كانت في رقبته كالجناية، وإن أنفقها بعد السنة؛ لم تكن إلا في ذمته، لأنه قد اختلف في تأويل قول النبي ﷺ بعد السنة: «**فشأنك بها**».

ومن التقط ما لا يبقى من الطعام؛ فأحب إلي أن يتصدق به كثر أم قل[6]، ولم

---

(1) عياض: اللقطة - بضم اللام وفتح القاف - ما التقط، وأصل الالتقاط وجود الشيء على غير طلب وقصد. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2669.

(2) متفق عليه، البخاري: 2/855، في باب باب ضالّة الإبل، من كتاب اللقطة، برقم: 2295، ومسلم: 3/1346، في كتاب اللقطة، برقم: 1722.

(3) في (ن) و(ف2): (ومن).

(4) في (ن) و(ف2): (شاء)، والمثبت موافق لما في المدونة.

(5) انظر: المدونة: 10/405، وما بعدها.

(6) عياض: قوله في اللقطة: (القليل والكثير في هذا سواء، الدرهم فصاعداً، إلا أن يحب بعد السنة أن يتصدق بها).
اختلف في تأويله: فقيل: إنه لم يرد - هنا - أنه سواء في التعريف بها سنة، وإنما أراد بالتسوية التعريف فقط ثم يختلف حكمه في أنه لا يلزم التعريف بها سنة؛ لأنه في حيز اليسير، بدليل قوله عن

يوقت مالك في التعريف به وقتاً[1]، فإن أكله أو تصدق به؛ لم يضمنه لربه كالشاة يجدها في الفلاة، وإذا تصدق باللقطة بعد السنة ثم جاء ربها، فإن كانت قائمة بأيدي المساكين؛ فله أخذها، وإن أكلوها؛ فليس له تضمينهم، بخلاف الموهوب يأكل الهبة ثم تستحق، لأنه قد قيل في اللقطة: يصنع بها ما شاء بعد السنة.

ويعرف باللقطة حيث وجدها،وعلى أبواب المساجد، وحيث يظن أن ربها هناك أو خبره، ولا يحتاج في ذلك [(ش: 65/ب)] إلى أمر الإمام.

وفي أمر الرسول عليه [الصلاة و] السلام الملتقط بمعرفة العفاص[2]، والوكاء[3] دليل أن ربها إذا وصف ذلك قضي له بها، وإلا فلماذا أمر بذلك؟

قال ابن حبيب: إن معترف[4] اللقطة يحلف بعد ذكره الوكاء والعفاص، فإن نكل فلا شيء له، وإن عاد إلى اليمين[5].

وقال[6] غيره من البغداديين[7]: ذكر العلامة كالبينة، والملتقط لا يدعيها لنفسه.

قال[8] ابن القاسم: وإذا[9] عرف ذلك دفعها إليه، وإن خاصمه قضي له بها، فإن

=

مالك: (أنه كان يكره له أن يتصدق بها قبل السنة إلا الشيء التافه اليسير؛ لأنه في حكم اليسير). اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2670.

(1) انظر: المدونة: 10/409، 410.

(2) عياض: والعفاص: الوعاء الذي فيه الشيء الملتقط. اهـ. انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2669.

(3) عياض: والوكاء - ممدود - الخيط أو الشيء الذي يشد به، وقد قاله بعضهم بالعكس، وهو وهم، والأول الصواب عند أهل اللغة، وهي عبارة عن كل شيء له وعاء وشيء يشد به، فإن لم يكن فما يقوم ذلك من معرفة صفته الخاصة به. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2669.

(4) في (ش): (معرف).

(5) انظر: النوادر والزيادات: 10/471.

(6) في (ن): (قال).

(7) في (ن) زيادة: (الأبهري).

(8) قوله: (قال) ساقط من (ن).

(9) في (ن): (فإذا).

جاء آخر عرف مثل ذلك؛ فلا شيء له[1].

قال أشهب: إلا أن يقيم بينة؛ فله طلب ذلك[2] الذي قبضها وأخذها منه، إلا أن يقيم أيضا بينة وتتكافأ البينتان، ولم تؤرخ فتبقى للأول، ولو أرخت البينتان؛ قضي لأولهما تأريخاً.

قال ابن القاسم: إذا وصفها الثاني وأقام[3] بينة؛ فلا شيء له على الملتقط دفعها بقضية أم بغير قضية، لأنه فعل ما يجوز له[4]. ولا يتجر باللقطة في السنة كالوديعة، ولا أطلق له ذلك[5] بعد السنة.

ولو باعها بعد السنة، ثم جاء ربها وهي قائمة؛ لم يفسخ البيع إذا بيعت بأمر جائز، وإن بيعت دون أمر الإمام؛ ولربها[6] أخذ الثمن، وإن ضاعت اللقطة من الملتقط؛ لم يضمن.

وإن قال له[7] ربها: أخذتها لتذهب بها. وقال هو: بل لأعرفها؛ صدق الملتقط.

وما وجد [(ش: 66/أ)] من مال جاهلي بوجه الأرض؛ فكالركاز الدفين لا كاللقطة[8]، وكذلك ما وجد بساحل البحر من تصاوير الذهب، فأما تراب بساحله يغسل فيخرج منه ذهب أو فضة[9]؛ ففيه الزكاة كالمعدن.

---

(1) انظر: المدونة: 10/408.

(2) قوله: (ذلك) ساقط من (ش).

(3) في (ن): (أو قام).

(4) انظر: النوادر والزيادات: 10/472.

(5) قوله: (ذلك) ساقط من (ش).

(6) في (ن): (فلربها).

(7) قوله: (له) زيادة من (ن).

(8) عياض: والركاز، دفن الجاهلية، لأنه يركز في الأرض، وأصل الركاز الثبات وقد تقدم في كتاب الزكاة. وقوله: (والركاز كله فيه في قول مالك الخمس ما نيل منه بعمل وما نيل منه بغير عمل)، هو خلاف ما له في كتاب الزكاة والموطأ أن ما تكلف فيه بكبير عمل فليس بركاز. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2669، 2670.

(9) قوله: (ذهب أو فضة) يقابله في (ن): (الذهب أو الفضة).

ومن التقط لقطة فبعد أن حازها، وبان بها ردها بموضعها أو بغيره؛ ضمنها، فأما إن ردها مكانه من ساعته كمن مرَّ في أثر رجل فوجد شيئاً فأخذه وصاح به: هذا لك[1]، فيقول لا فيتركه[2]؛ فلا شيء عليه[3].

و قاله[4] مالك في واجد الكساء[5] بأثر رفقة فأخذه وصاح أهذا لكم فقالوا: لا فرده[6]، قال: قد أحسن في رده، ولا يضمن[7].

قال مالك: ومن وجد متاعاً بفلاة فحمله إلى بلد فأتى ربه؛ فله أخذه بعد دفع كراء حمله[8].

---

(1) قوله: (هذا لك) يقابله في (ن): (ألك هذا).

(2) في (ن): (فتركه).

(3) عياض: وقوله: (والذي أراد مالك إنما رده مكانه من ساعته)، وإليه نحا اللخميّ.
واختلف إذا رده بعد زمان، فذهب ابن القاسم أنه ضامن على ما تقدم، وذهب أَشْهَب أنه لا يضمن. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2672، 2673.

(4) في (ش): (وقال).

(5) في (ن): (السكاء).

(6) عياض: وقوله: (إذا التقط لقطة ليعرفها، فبدا له فردها فضاعت، ثم ذكر مسألة ملتقط الكساء وبين يديه رفقة، فصاح بهم، ألكم الكساء؟ فقالوا: لا فرده في موضعه لا شيء عليه، وقد أحسن حين رده في موضعه) لا خلاف أنه إذا أخذها بغير نية التعريف كما أخذ هذا الكساء أنه غير ضامن إذا صرفها بموضعها في الحين. واختلف إذا أخذها بنية التعريف، ثم بدا له، فردها بالقرب، واختلف تأويل الشيوخ على كلام ابن القاسم في ذلك، في الكتاب: فقيل: إنه بخلاف الأول، وأنه ضامن؛ لأنه إنما أخذها بنية التعريف، فلزمه حفظها والأول لم يأخذها بنية ذلك، فالقرب والبعد في ذلك سواء، واحتجاجه بعد في المسألة يدل على ذلك.
وكذلك حكى القاضي عبد الوهاب في المسألة، فتأول آخرون أن مذهب ابن القاسم أنه لا يضمن، إذا ردها بالقرب بدليل قوله بعد ذلك: (فأرى أن من أخذها على غير هذا الوجه حتى يبين بها عن ذلك الموضع - إلى قوله - فإن رده بعد ما ذهب به ومكث في يده فهو ضامن). اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2671، 2672.

(7) انظر: المدونة: 10/414.

(8) انظر: النوادر والزيادات: 7/50.

جامع القول في الضوال، والأُبَّاق[1]، وفي بيعها، والنفقة عليها، والجعل فيها

قال الرسول عليه [الصلاة و] السلام للسائل عن ضالة الغنم: **«هي لك أو لأخيك أو للذئب»**، وقال في ضالة [(ش: 66/ب)] الإبل: **«ما لك ولها معها سقاؤها[2]، وحذاؤها[3] ترد الماء، وتأكل الشجر حتى يلقاها ربها»**.

قال ابن القاسم: ومن وجد ضالة الغنم بقرب العمران عرف بها في أقرب القرى إليها[4]، فإن[5] كانت في موضع[6] قفر، وفلاة؛ أكلها، ولا يعرف بها، ولا يضمن شيئاً لربها، لقول[7] الرسول عليه [الصلاة و] السلام: **«هي لك أو لأخيك أو للذئب»**، وضالة البقر إن كانت بموضع يخاف عليها فهي كذلك، وإن كانت بموضع يؤمن عليها من السباع والذئاب فهي كالإبل[8].

وإن وجد ضالة الإبل في الفلاة تركها، فإن أخذها عرف[9] بها، وليس له أكلها أو بيعها، فإن لم يجد ربها ردها إلى موضع وجدها فيه، وإن رفعت إلى الإمام فلا يبعها،

---

(1) عياض: الأباق- بكسر الهمزة - اسم الذهاب في استتار، وهو الهروب، والأبق - بالفتح وسكون الباء أيضا وفتحها معاً - وهو اسم الفعل والمصدر، يقال: أبق يأبق وأبق يأبقن، وبعضهم يقول فيه: كتاب الأباق - بضم الهمزة وتشديد الباء - جمع آبق. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2673.

(2) عياض: وسقاؤها: المراد به صبرها أياماً على الماء كمن حمل معه سقاء ماء، فاستغنى به في سفره استعارة أيضاً. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2673.

(3) عياض: وحذاء الإبل، المراد به أخفافها، استعارة لصبرها على المشي كمن... لبس الحذاء. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2673.

(4) في (ن): (إليه).

(5) في (ن): (وإن).

(6) في (ن): (مهمه).

(7) في (ف2): (يقول).

(8) انظر: المدونة: 10/410 و411.

(9) في (ف2): (عرفها).

وليفعل بها هكذا، وكذلك فعل عمر، وكان عثمان بن عفان يبيعها، ويوقف أثمانها لأربابها[1].

وأخذ به بعض الرواة لفساد الزمان.

وإن وجد الخيل والبغال والحمير عرف بها، فإن جاء ربها، وإلا تصدق بها، وإن[2] وجد آبقاً فلا يأخذه إلا أن يكون لقريبه أو جاره[3] فأحب إلي أن يأخذه، وهو من تركه في سعة.

قال مالك: ولم أزل أسمع أن الآبق يحبس على ربه سنة ثم يباع، ومن أخذ آبقاً رفعه إلى الإمام فالإمام يوقفه سنة وينفق عليه، فإن جاء ربه وإلا باعه، وأخذ[4] من ثمنه ما أنفق، وجعل ما بقي في بيت المال[5].

وقال في سؤال آخر: وحبس بقية الثمن لربه وأمر مالك[6] ببيع الأُبّاق ولم يأمر بإطلاقهم يعملون ويأكلون، ولم يجعلهم كضوال الإبل، لأنهم يأبقون ثانية[7].

روى أشهب عن مالك: أنه إن عرف به فلم يجد من يعرفه أن له إطلاقه؛ لأنه إن حبس ضاع، وإن بيع تلف[8].

وإن جاء رب الآبق بعد أن باعه الإمام، والعبد قائم؛ فليس له إلا الثمن، ولا يرد البيع، ولو قال: كنت أعتقته في إباقه أو دبرته لم يقبل منه.

ولو كانت أمة فقال: كانت ولدت مني، فإن لم يتهم فيها بصبابة؛ قبل منه، ورد البيع، وقاله مالك فيمن باع أمة بولدها ثم استلحق الولد: أنه إن لم [(ش: 67/أ)]

---

(1) انظر: المدونة: 10/412، 413.

(2) في (ن): (ومن).

(3) في (ن): (لجاره).

(4) في (ن): (فأخذ).

(5) انظر: المدونة: 10/412.

(6) قوله: (مالك) ساقط من (ن).

(7) انظر: المدونة: 10/413.

(8) قوله: (روى أشهب عن مالك... وإن بيع تلف) ساقط من (ف2)، وانظر المسألة في: النوادر والزيادات: 10/483.

يتهم فيها ردت عليه، ولو كان إقراره[1] بعتق لم يصدق، قيل: فإن لم يكن معها ولد، فقال بعد ما باعها كانت ولدت مني[2]، قال: أرى أن ترد[3].

قال أبو بكر ورأيت[4] في رواية أخرى: لا ترد[5]، وقد روى أنه إذا باعها مع ولدها فلا يتهم إذا كان الولد معها.

وفي كتاب أم الولد[6]: إيعاب هذا.

قال أشهب: لا يرد البيع إلا أن يكون معها الولد أو تكون حاملاً[7].

---

(1) في (ن): (إقرار).

(2) عياض: وقوله في الجارية الآبقة: (إذا باعها السلطان، فجاء صاحبها، فقال: ولدت مني ومعها ولد)، وفي رواية غير يحيى (وولدها قائم)، وهما بمعنى، وسقط اللفظان في رواية يحيى إذا كان ممن لا يتهم على مثلها ردت عليه، ثم قال: فإن لم يكن معها ولد، فقال: قد كانت ولدت مني، قال: لا أرى أن ترد، كذا رواية أكثر الأندلسيين، وعند ابن عتاب أرى ألا ترد، وهي رواية ابن اللباد، وفي رواية أكثر القرويين: أرى أن ترد إن كان لا يتهم على مثلها، وكذلك بلغني عن مالك وهي رواية يحيى، وعلى هذا اختصرها أبو محمد وابن أبي زمنين وأكثرهم، وكذلك ذكرها ابن حبيب عن ابن القاسم، قال فضل: وكذلك قال عبد الملك، وما أرى ما في داخل الكتاب إلا وهما، إلا أن يكون ابن القاسم حمل إقراره بعد بيعها كإقراره في المرض على أحد القولين في كتاب أمهات الأولاد، وهو مذهب أَشْهَب.

قال القاضي رَحِمَهُ اللهُ: وذكر سحنون قول أَشْهَب في الكتاب بعده ليس يقبل قوله إلى آخر كلامه، يدل أنه حمله على خلافه، وتصحيح رواية... ترك الرد.

وفرق بعض الشيوخ بين اعترافه بعد بيعه هو لها قال: لا يقبل، إذا لم يكن معها ولد وبين هذه المسألة؛ لأن بيعه لها مكذب لدعواه الآن، وفي بيع السلطان لم يأت منه تكذيب، فيقبل قوله، إن لم يتهم فيها بصبابة، وثبت قول أَشْهَب في كتاب ابن عتاب وغيره، وثبت في كتاب ابن المرابط من رواية ابن وضاح ويحيى بن عمر، وسقطت في كتب بعضهم وروايته. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2674، وما بعدها.

(3) انظر: المدونة: 10/418.

(4) قوله: (ورأيت) ساقط من (ن).

(5) انظر: التنبيهات المستنبطة، لعياض، ص: 2674.

(6) قوله: (أم الولد) يقابله في (ن): (أمهات الأولاد).

(7) انظر: المدونة: 10/419، والتنبيهات المستنبطة، لعياض، ص: 2675.

وما أنفق الرجل على ما التقط من عبد أو أمة أو إبل أو بقر أو غنم أو متاع اكترى عليه بأمر سلطان، أو بغير أمره؛ فليس لرب ذلك أخذه حتى يدفع إليه ما أنفق إلا أن يسلمها إليه فلا شيء عليه.

قال في كتاب الرهون: وهو أحق بذلك من الغرماء حتى يقبض ما أنفق[1].

قيل: هل لمن وجد آبقاً خارج المصر أو في المصر جعل إن طلبه، قال: قال مالك فيه: ولم يذكر خارج المصر أو داخله إن كان ذلك[2] شأنه يطلب الضوال لذلك ويردها؛ فله الجعل بقدر مبلغ موضع أخذه فيه من بعد أو قرب، وإن لم يكن ذلك شأنه، وإنما وجده فأخذه؛ فلا جعل له، وله نفقته[3].

ومن أخذ مما عطب بساحل البحر متاعاً؛ فهو لربه، ولا شيء عليه لمن وجده، ومن أخذ آبقاً فأبق منه فلا شيء عليه، وإن أرسله بعد أخذه ضمنه، ومن أقام شاهداً على آبق أنه له؛ حلف وأخذه، وإن ادعاه ولم يقم شاهداً، فإن صدقه العبد دفعه إليه، وكذلك متاع يؤخذ مع لصوص يدعيه قوم لا يعرف ذلك إلا بقولهم فليتلوم الإمام فيه، فإن لم يأت سواهم دفعه إليهم.

وفي باب المحاربين: من هذا المعنى[4].

والآبق إذا اعترفه ربه من يدك ولم تعرفه[5] فأرى أن تدفعه[6] إلى الإمام إن لم تخف ظلمه[7].

وإن أبق عبد مسلم إلى بلد الحرب، فاشتراه منهم مسلم؛ لم يأخذه منه ربه إلا بالثمن الذي أدى، اشتراه بأمره أو بغير أمره، وكذلك عبيد أهل الذمة، ولو أعتقه

---

(1) انظر: المدونة: 9/271.

(2) قوله: (كان ذلك) يقابله في (ش): (ذلك فيمن).

(3) انظر: المدونة: 10/213.

(4) انظر: المدونة: 11/176.

(5) في (ف2): (يعرفه).

(6) في (ن): (تعرفه).

(7) في (ف2): (طلبه)، وانظر المسألة في: المدونة: 10/424.

مشتريه من العدو؛ مضى العتق بخلاف الاستحقاق، لأن ربه يأخذه بلا ثمن، وفي فداء العدو يغرم الفداء[1] إن شاء أخذه، وكذلك لو كانت أمة فأولدها فلا سبيل للسيد إليها[2].

وفي كتاب الصيد: فيمن صاد طائراً ندَّ لقوم، وعليه قرطان أو قلادة[3].

جامع بقية[4] مسائل الآبق[5]

ولا يجوز لسيد الآبق بيعه، ولا هبته للثواب، وله هبته لغير الثواب، أو يعتقه تطوعاً، أو يدبره، ولا يجزئه[6] عن ظهاره[7]؛ إذ لا يدري أحي هو أم ميت أم معيب أم سليم؟ إلا أن يعرف في الوقت موضعه، وسلامته من العيوب فيجزئه، أو يعلم ذلك بعد العتق فيجزئه [(ش: 67/ب)] وإن جهله أولاً.

وإذا عرف أن الآبق عند رجل؛ جاز أن يباع منه أو من[8] غيره ممن يوصف له إذا وصف أيضاً لسيده حالَه الآن، وصفتَه، ولا يجوز النقد فيه إن كان بعيداً[9].

وإذا زنى أو سرق أو قذف في إباقه أقيم الحد في ذلك كله عليه، وإذا أبق المكاتب

---

(1) في (ف2): (للفداء).

(2) انظر: المدونة: 10/427، 428.

(3) انظر: المدونة: 3/137.

(4) قوله: (بقية) ساقط من (ن).

(5) في (ن): (الأباق).

(6) قوله: (ولا يجزيه) يقابله في (ن): (ولا يجوز له عتقه).

(7) عياض: وقوله: (فيمن أعتق الآبق عن ظهاره ثم وجده على ما يجوز من الظهار)، أجزأه ذلك.

قال فضل: إنما يجوز إذا كان يوم أعتقه صحيحاً، ووجده حين وجده صحيحاً، وكذلك قال ابن حبيب، ولم يبينها ابن القاسم واختصرها ابن أبي زمنين على نحو لفظ الكتاب مبهمة واختصرها أبو محمد: يجوز إن جهله أولا. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2676، 2677.

(8) قوله: (من) ساقط من (ن).

(9) انظر: المدونة: 10/426.

لم يكن فسخاً لكتابته[1] إلا بعد حلول النجم وبعد تلوم الإمام له، وإذا أبق العبد الرهن لم يضمنه المرتهن، وصدق مع يمينه، وكان على حقه، وقد كتبت بقية هذه المسألة في الرهون[2]، ومن استأجر آبقاً فعطب في عمله ضمنه لربه، وإن لم يعلم أنه آبق، وقاله مالك: فيمن واجر عبداً على[3] تبليغ كتاب إلى بلد، ولم يعلم أنه عبد فعطب في الطريق، أنه يضمنه؛ لهلاكه في عمله، ولأن من ابتاع سلعة من السوق فأتلفها هو نفسه ثم استحقت أنه يضمنها[4].

وإن آجرت الآبق فالإجارة لربه، وإن استعملته لزمك قيمة عمله لربه، لأن ضمانه منه ونفقته عليه، وأما الغاصب فهو بالغصب ضامن، والنفقة عليه، وإنما يضمن الآبق[5] إن استعمله في عمل يعطب[6] في مثله فهلك فيه، وإن استعمله في شيء فسلم فلربه الأجر فيما له بال من الأعمال[7]، وكذلك من استعمل عبداً لرجل، وقد تقدمت في الغصب مسألة من حل دواب أو سرح طيراً.

القضاء في اللقيط، والنفقة عليه، وعلى اليتيم من كتاب تضمين الصناع

قال الله تبارك وتعالى: ﴿فَإِن لَّمۡ تَعۡلَمُوٓاْ ءَابَآءَهُمۡ فَإِخۡوَٰنُكُمۡ فِي ٱلدِّينِ وَمَوَٰلِيكُمۡۚ﴾ [سورة الأحزاب آية: 5].

---

(1) في (ن): (للكتابة).

(2) عياض: وقوله في: (العبد الرهن يأبق، المرتهن مصدق في إباقه ولا يبطل من حقه شيء ويحلف)؛ كذا في كتب شيوخنا، وفي أصل ابن عتاب وابن سهل، وهي رواية الدباغ، وعلى هذا اختصرها أبو محمد، ورواه غيره: ولا يحلف: وعلى هذا اختصرها البراذعي. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2676.

(3) قوله: (على) ساقط من (ن).

(4) انظر: المدونة: 10/424.

(5) في (ف2): (النفقة).

(6) في (ف2): (تعطب).

(7) انظر: المدونة: 10/425.

فالقضاء ولاء اللقيط للمسلمين وليس لملتقطه خاصة، ونفقته وعقله في بيت المال.

جرى[1] من هذا في كتاب الولاء[2].

قلت لابن القاسم: فيمن التقط لقيطاً[3] في مدينة الإسلام، أو في قرية للشرك في أرض أو كنيسة أو بيعة، وعليه زيّ أهل الذمة أو المسلمين قال: إن[4] التقطه في قرى الإسلام ومواضعهم فهو مسلم، وإن كان في قرى الشرك وأهل الذمة ومواضعهم فهو مشرك، وإن وجده في قرية ليس فيها إلا الاثنان[5] والثلاثة من المسلمين فهو للنصارى، ولا يعرض له إلا أن يلتقطه مسلم فيجعله على دينه[6].

قال: النفقة[7] على اللقيط احتساباً، فإن لم يجد الإمام من يحتسب فيه فلينفق عليه من بيت المال، قال عمر: ونفقته علينا ثم لا يتبع اللقيط بشيء من ذلك، وكذلك اليتامى الذين لا مال لهم[8].

ومن التقط لقيطاً فأنفق عليه، فإن أتى من أقام[9] البينة أنه ابنه [(ش: 68/أ)]، فله أن يتبعه بما أنفق، لأنه ممن تلزمه نفقته هذا إن تعمد[10] طرحه، وإن لم يكن هو طرحه؛ فلا نفقة عليه.

قال أشهب: لا شيء على الأب بحال[11]، لأن المنفق محتسب.

---

(1) في (ن): (وجرى).

(2) انظر: المدونة: 6/115، 116.

(3) قوله: (فيمن التقط لقيطا) ساقط من (ف2).

(4) قوله: (قال: إن) يقابله في (ن): (فإن).

(5) في (ن): (اثنين).

(6) انظر: المدونة: 8/23.

(7) في (ن): (والنفقة).

(8) انظر: المدونة: 8/20، 21.

(9) قوله: (فإن أتى من أقام) يقابله في (ف2): (فأتى من قام).

(10) قوله: (هذا إن تعمد) يقابله في (ن): (وهذا إن يتعمد).

(11) قوله: (بحال) ساقط من (ن).

قال سحنون: إن أنفق عليه ليتبعه، فطرأ له أب تعمد طرحه اتبعه، وإن أنفق حسبة لم يتبعه بحال[1].

وقال مالك في صبي ضل[2] من والده فأنفق رجل عليه: فلا يتبع أباه بشيء، فكذلك[3] أقول في اللقيط، لأنه على وجه الحسبة.

ومن أنفق على ولد غائب وهم صغار بغير أمره، أوعلى زوجته وهو ملي يومئذ؛ اتبعه بما أنفق، ولو أذن له السلطان بالنفقة عليه على ولد هذا الغائب سلفاً له لاتبعه إن كان يوم أنفق ملياً، وأقام بالإنفاق بينة، وكذلك لو تطوع بغير أمر الإمام بعد أن يحلف أنه منه بمعنى السلف، وإن كان الأب[4] معسراً في ذلك كله؛ لم يتبعه بشيء.

ومن كفل يتيماً فأنفق عليه، وله مال على أن يتبعه؛ فذلك له أشهد أو لم يشهد، إذا قال: أنفقت لأرجع به[5] في ماله.

ولو قال من في حجره يتيم عديم: أنا أنفق عليه على أنه متى ما[6] أفاد مالاً اتبعته[7]، وإلا فهو في حل، فذلك باطل ولا يتبع في شيء[8] إلا في مال له حين الإنفاق يكون عرضاً أو ربعاً[9] فيسلف إلى تيسير بيعه ونحوه، وإن قصر ذلك عما أسلفهم لم يتبعوا بالنائف.



---

(1) انظر: النوادر والزيادات: 10/481.

(2) قوله: (عن) زيادة في (ن).

(3) في (ن): (وكذلك).

(4) قوله: (الأب) ساقط من (ن).

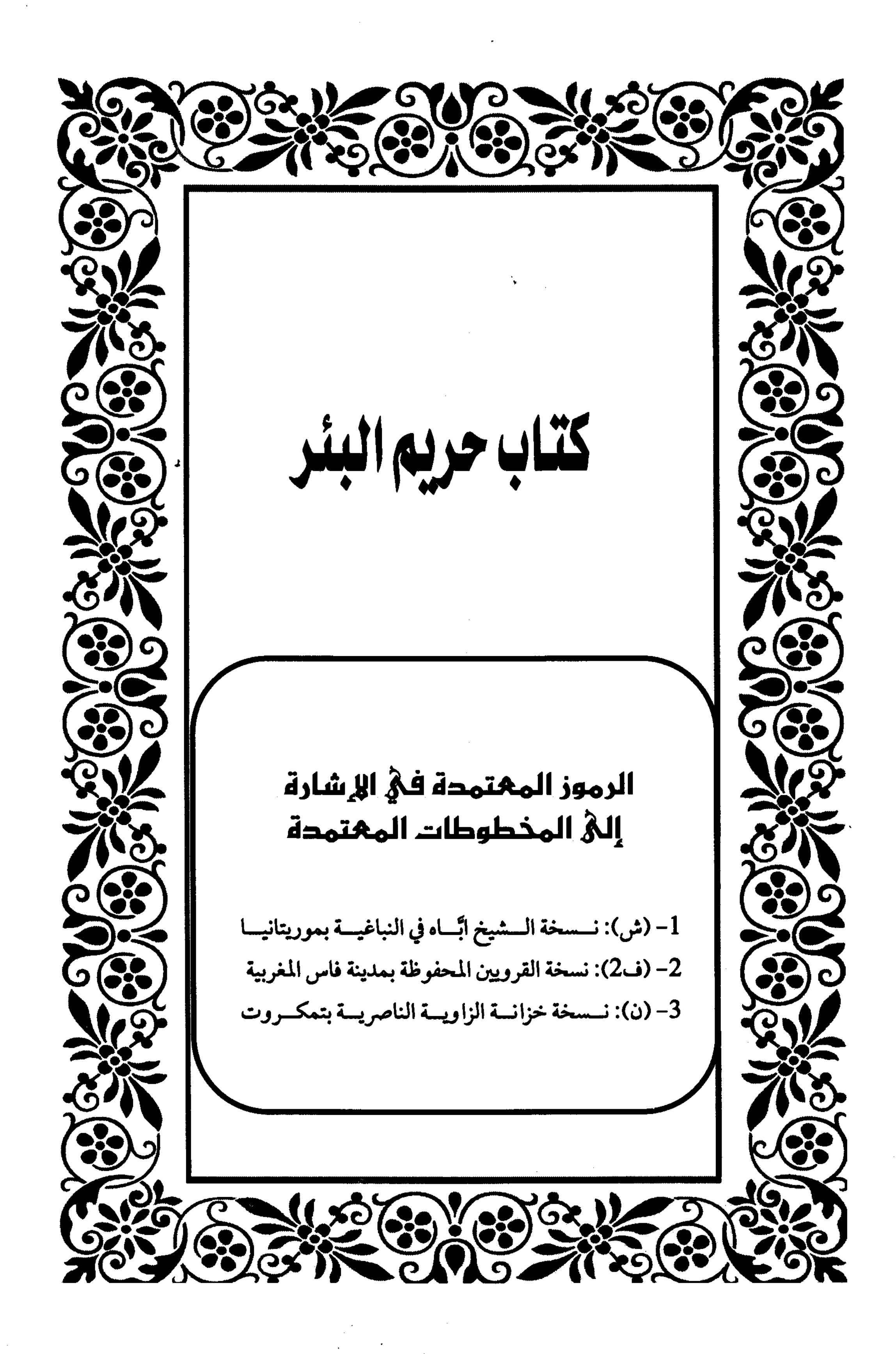
(5) قوله: (لأرجع به) يقابله في (ف2): (لا رجع).

(6) قوله: (ما) ساقط من (ن).

(7) في (ف2): (اتبعه).

(8) قوله: (في شيء) يقابله في (ن): (بشيء).

(9) قوله: (عرضاً أو ربعاً) يقابله في (ن): (عرض أو ربع).



كتاب حريم البئر

الرموز المعتمدة في الإشارة إلى المخطوطات المعتمدة

1- (ش): نسخة الشيخ ابَّاه في النباغية بموريتانيا

2- (ف2): نسخة القرويين المحفوظة بمدينة فاس المغربية

3- (ن): نسخة خزانة الزاوية الناصرية بتمكروت



كتاب حريم البئر[1]

في[2] إحياء الموات

قال رسول الله ﷺ: «**من أحيا أرضاً ميتة فهي له وليس لعرق ظالم حق**».

قال ابن القاسم: وليس[3] ذلك الإحياء فيما جرت فيه[4] حيازة أو ملك بشراء، أو بخطة فدثر وخرب، ولكن ذلك فيما لا ملك[5] له فيه من[6] الأرض فله أن تحييه بغير إذن الإمام، وإما[7] ما قرب من العمران، وإن لم يكن مملوكاً فلا يحاز ولا يعمر[8] إلا بإذن الإمام.

والإحياء في ميت الأرض شق الأنهار، وحفر الآبار وغرس الشجر والبناء والحرث، فما فعل من ذلك فهو إحياء[9].

---

(1) قوله: (كتاب حريم البئر) ساقط من (ن).

عياض: حريم البئر: معنى هذه الكلمة، حق البئر الذي يمنع أن يحدث أحد فيها ما يضر بها، وأصل الحرام والتحريم والحرمة المنع، والمحارم من النساء: الممنوع نكاحهن لمحارمهن، والحرام ما منع إتيانه، فحريم البئر، هو ما يتصل بها من الأرض التي من حقها ألا يحدث فيها ما يضر بها لا باطنا من حفر بئر، يشف ماءها أو يذهبه أو مطمر نجاسة تصل إليها برشحه أو ظاهراً، كالبناء والحرث والغرس والنزول الذي يضر بالمنتفعين ويضيق عليهم في ورودهم ومسارحهم ومعاطن إبلهم ومرابض مواشيهم، وكذلك إن حفرها ليزرع عليها في موات الأرض، فحريمها قدر ما يحتاج إليه حافرها مما يقوم به سقي مائها ويقدر على زرعه وعمله، هذاأصل مالك وجل أصحابه في هذا الباب دون تحديد. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2681، 2682.

(2) قوله: (في) زيادة من (ن).

(3) في (ن): (فليس).

(4) في (ن): (به).

(5) في (ن): (مالك).

(6) قوله: (فيه من) يقابله في (ن): (من فيافي).

(7) في (ن): (وأما).

(8) في (ش): (و يعمر).

(9) انظر: المدونة: 10/440 و441. عياض: وموات الأرض: ما لم يعمر منها، وفتق الأنهار - بفتح

ولو سيل ماء عن أرض غرقة، أو نزل بغيضة فقطع شجرها فذلك إحياء[1].

ولو نزل قوم أرضاً فرعوا ما حولها، أو حفروا بئراً لمواشيهم فليس بإحياء لمرعاهم، وهم والناس في المرعى سواء، وليس لهم منع فضل بئرها[2].

قال سحنون: هذا في بلاد الأعراب[3] والبربر حيث المراعي، وحيث نهى عن منع فضل الماء فمثل هذه البئر إنما لهم المنفعة بها، ولا يكون إحياء إذ ليست بمملوكة[4].

وأما من حفر بئراً في فيافي الأرض التي لا ملك لأحد فيها مما بعد من العمران؛ فليس لغيرهم أن ينزلوا قريباً من الأول؛ مما يضر به فيما أحيا [(ش: 68/ب)] إلا أن يبعدوا منه بعداً لا يضرون به.

قال أشهب: ولو نزل قوم أرضاً من أرض البرية فجعلوا يرعون ما حولها فذلك إحياء؛ فهم[5] أحق بها من غيرهم ما أقاموا عليها، فإن عطلوها كان الناس أحق بها[6].

الفاء - تفجيرها، وإحياء الأرض: عمارتها، وذلك بعشرة أشياء: سبعة متفق عليها وثلاثة مختلف فيها، فالمتفق عليها: تفجير الماء فيها، بحفر بئر أو فتق نهر أو شق عين.

الثاني: إخراج الماء عن عامرها به منها. الثالث: البناء. الرابع: الغرس.

الخامس: الحرث وتحريك الأرض بالحفر ونحوه.

السادس: قطع شجرها وغياضها.

السابع: كسر أحجارها وتسوية خروبها وتعديل أراضيها.

الثامن: التحجير عليها، وهو ضرب حدود حول ما يريد إحياءه منها وما لم يحيه بعد.

التاسع: رعي كلإها، العاشر: حفر بئر ماشية فيها، فهذه الثلاثة ليست عند ابن القاسم بإحياء، وعند أَشْهَب إحياء. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2688، 2689.

(1) انظر: المدونة: 10/442.

(2) في (ش): (بئرهم).

(3) في (ن): (العرب).

(4) في (ش): (مملوكة). وانظر المسألة في: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 11/7، 8.

(5) في (ش): (إحماؤهم).

(6) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 10/505.

قال ابن القاسم: ولا يعرف مالك التحجير إحياءً، ولا ما قيل: مَن حجر أرضاً تُرك ثلاث سنين فإن أحياها[1] وإلا فهي لمن أحياها[2].

ومن أحيا أرضاً ثم تركها حتى دثرت، وطال الزمان وهلكت الأشجار، وتهدمت[3] الآبار وعادت كأول مرة ثم أحياها غيره فهي لمحييها آخراً بخلاف ما ملك بخطة[4] أو شراء[5].

في حريم البئر، ومنع فضلها وبيع الكلأ[6]، وما في البرك وبيع الآبار والعيون وشربها[7]، وما يجوز من ذلك وإذا احتاجت إلى كنس وهي بين إشراك[8] والقضاء بالمرفق في سقي زرع جارك أو ممره بما في أرضك

قال النبي ﷺ: «لا يمنع فضل الماء[9] ليمنع به الكلأ[10]»[11].

(1) في (ن): (أحيا).

(2) عياض: التحجير عليها، وهو ضرب حدود حول ما يريد إحياءه منها وما لم يحيه بعد. قال: وينتظر بالحجر ثلاث سنين، كما جاء عن ابن عمر، وأَشْهَب - أيضاً - عنده إنما يكون إحياء إذا عرف أنه إنما حجرها؛ ليعملها عن قريب وتعذر ما يمكنه عمله منها. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2688 و2689.

(3) في (ن): (وهدمت).

(4) قوله: (ما ملك بخطة) يقابله في (ش): (مالك لخطه).

(5) انظر: المدونة: 10/441.

(6) في (ش): (الكلأ).
عياض: والكلأ - بفتح الكاف مقصور مهموز - العشب وما تنبته الأرض مما... يأكله المواشي. اهـ. انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2683.

(7) في (ن): (أو شربها).

(8) في (ن): (أشراك).

(9) في (ن): (ماء).

(10) في (ش): (الكلاء).

(11) متفق عليه: أخرجه البخاري: 2/830، في باب من قال إن صاحب الماء أحق بالماء حتى يروى...، من كتاب المساقاة، برقم: 2226، ومسلم: 3/1198، في باب تحريم فضل بيع الماء =

وقال: «لا يمنع نقع بئر»[1].

قال ابن القاسم: وذلك في الصحاري وأما في القرى، والأرض المحوزة فللرجل منع كلائه[2] عند مالك إن احتاج[3] إليه، وإلا فليخل بين الناس وبينه[4].

وقال في باب آخر: فله بيعه إذا احتاج إليه[5].

وقال في باب ثالث: قال مالك: ولا[6] بأس أن يبيع خصباً في أرضه ممن يرعاه عامه ذلك، وذلك بعد أن ينبت، ويبلغ أن يرعى، ولا يبيعه[7] عامين[8].

وهذه الآبار التي تحفر في الفلاة[9] للماشية، وللشفة فلا يباع أصلها، ولا فضل

= الذي يكون بالفلاة ويحتاج إليه لرعي الكلأ...، من كتاب المساقاة، برقم: 1566، ومالك: 2/ 744، في باب القضاء في المياه، من كتاب الأقضية، برقم: 1427، كلهم من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(1) أخرجه مرسلاً مالك: 2/ 745، في باب القضاء في المياه، من كتاب الأقضية، برقم: 1428، ومن طريقه البيهقي: 6/ 152، في باب ما جاء في النهي عن منع فضل الماء، من كتاب إحياء الموات، برقم: 11626، وقال: هذا هو المحفوظ مرسل، وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه: 8/ 105، في باب بيع الماء وأجر ضراب الفحل، من كتاب البيوع، برقم: 14493، كلهم عن عمرة بنت عبد الرحمن رحمها الله.
وأخرجه مرفوعاً ابن ماجه: 2/ 828، في باب النهي عن منع فضل الماء ليمنع به الكلأ، من كتاب الرهون، برقم: 2479، وأحمد: 6/ 139، برقم: 25131، وابن حبان: 11/ 331، في باب البيع المنهي عنه، من كتاب البيوع، برقم: 4955، والحاكم: 2/ 70، من كتاب البيوع، برقم: 2361، وقال: هذا حديث صحيح الإسناد، ووافقه الذهبي، كلهم عن عمرة عن عائشة رضي الله عنها.

(2) في (ن): (كلأ).

(3) في (ش): (احتيج).

(4) انظر: المدونة: 10/ 432.

(5) انظر: المدونة: 10/ 441.

(6) في (ن): (لا).

(7) قوله: (يرعى ولا يبيعه) يقابله في (ن): (يرعاه ولا يبعه).

(8) انظر: المدونة: 10/ 439، 440.

(9) قوله: (الفلاة) ساقط من (ن).

مائها وإن احتاج أهلها إليه، وأهلها[1] أحق بريهم وماشيتهم، ثم ليس لهم منع فضلها، والناس فيه سواء[2].

ولا بأس ببيع بئر الزرع[3]. يريد: لأنها في أرضه.

وكل من حفر في أرضه، أو[4] داره بئراً فله منعها وبيع مائها، وله منع المارة من مائها[5] إلا بثمن[6] إلا قوم لا ثمن معهم، وإن تركوا إلى أن يردوا ماء غيره هلكوا فلا يمنعوا[7]، ولهم جهاد من منعهم وما حفروا في غير ملكهم لماشية، أو شفة فلا يمنع فضلها من أحد، وإن منعوه حل قتالهم؛ فإن لم يقو المسافرون على دفعهم حتى ماتوا عطشاً فدياتهم على عواقل المانعين، والكفارة عن كل نفس على كل رجل[8] من أهل الماء، مع وجيع الأدب[9].

ومن كتاب الجعل: وما حفره[10] الرجل في داره أو بفنائه أو أرضه من بئر لشفة أو غيرها أو مأجل؛ فله منع ذلك، وإجارة مائه، وله منع[11] الناس منه من سقي بهيمة، أو شفة إلا بأجر، وأما إن حفره ليستقي[12] الناس منه وليسقوا فلا يبعه ولا يبع ماءه[13].

---

(1) في (ن): (فأهلها).

(2) انظر: المدونة: 10/ 441 و442.

(3) انظر: المدونة: 10/ 438.

(4) في (ن): (و).

(5) قوله: (من مائها) يقابله في (ن): (منها).

(6) في (ن): (بالثمن).

(7) في (ش): (يمنعون).

(8) قوله: (على كل رجل) ساقط من (ش).

(9) انظر: المدونة: 10/ 431 و432.

(10) في (ش): (حفر).

(11) قوله: (منع) ساقط من(ش).

(12) في (ن): (ليستقوا).

(13) انظر: المدونة: 8/ 74.

وكره[1] بيع [(ش: 69/أ)] ما حفر في الصحاري كسواحل[2] طريق المغرب وأنطابلس واستثقله من غير تحريم[3].

ولا بأس ببيع[4] فضل ماء الزرع من بئر أو عين، وبيع رقابها، ولا يباع أصل بئر الماشية من غير تحريم[5]، ولا ماؤها ولا فضله وأهلها أحق بريهم ثم الناس سواء في فضلها إلا المارة لشفة أو دواب فلا يمنعون[6].

وليس لبئر ماشية أو لبئر زرع حريم محدود، ولا للعيون لاختلاف الأرض من بين أرض رخوة، وأخرى صلبة فيختلف ذلك، ولكن حريم لا ضرر معه على البئر ولأهل البئر منع من أراد أن يبني، أو يحفر بئراً في ذلك الحريم؛ لأنه حق للبئر وضرر بهم[7]،

---

(1) في (ش): (وكثرة).

(2) في (ش): (بسواحل).

(3) انظر: المدونة: 8/74.

(4) في (ش): (للبيع).

(5) قوله: (من غير تحريم) ساقط من (ش).

(6) انظر: المدونة: 8/74 و75.

(7) عياض: وقال في الكتاب: (ليس للآبار عند مالك حريم محدود ولا للعيون، إلا ما لا يضر بها)؛ كذا في أصل كتاب ابن عتاب وغيره من الأصول، وعليه اختصر كثير من المختصرين، وفي رواية يحيى: إلا ما يضر بها، قال يحيى: كذا رواه سحنون، قال يحيى: والصواب إلا ما لا يضر.
قال فضل: وكذا قرأناه على غير يحيى.
قال القاضي: وكلاهما صواب إن شاء الله تعالى.
ومعنى إلا ما يضر بها؛ يعني فهو من حريمها وعلى قوله: إلا ما لا يضر؛ يعني فهو غير حريمها، فالوجهان على هذا التوجيه صحيحان، وعند جماعة من العلماء ومن أصحابنا تحديد حريمها، وعن ابن نافع (في البئر العادية، وهي القديمة خمسون ذراعاً، وفي البادية وهي التي ابتدئ حفرها خمسة وعشرون)؛ وكذا جاء في الحديث، وعن أبي مصعب عكس هذا في العادية والبادية، قالا: وفي بئر الزرع خمسمائة ذراع.
قال ابن المسيب: ثلاث مائة ذراع، وروي عنه خمس مائة ذراع وروي في (حريم العيون خمسمائة ذراع، وفي حريم الأنهار ألف ذراع)؛ ومعناه أن هذا كله من جميع نواحيها لمن اختطها في الموات، يزرع عليها أو يغرس، ولا يضيق عليه في ذلك أحد، هو أحق بذلك القدر من غيره. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2682، 2683.

ولو لم يكن على البئر من حفر بئر أخرى ضرر لصلابة الأرض؛ لكان لهم منعه لما يضر بهم في مناخ الإبل، ومرابض المواشي عند ورودها[1].

وإذا احتاجت قناة أو بئر بين شركاء لسقي أرضهم[2] إلى الكنس لقلة مائها فأراد بعضهم الكنس، وأبى الآخرون والماء يكفيهم، أو لا يكفي الذين شاءوا الكنس خاصة فللذين شاءوا الكنس أن يكنسوا، ثم يكونون أولى بما زاد في الماء بكنسهم دون من لم يكنس؛ حتى يؤدوا حصتهم من النفقة فيرجعون إلى أخذ حصتهم من جميع الماء هذا فيما يملك[3] من الأرضين من بئر[4] زرع أو عين.

وكذلك بئر الماشية في الفيافي، يقل ماؤه فيكنسه بعض أهله، فإن لهم أجمعين بقدر ما كان لهم قبل الكنس ثم إن[5] الذين كنسوا أحق بما زاد الماء بكنسهم، فإذا رووا كان الناس وأباة الكنس في الفضل سواء حتى يؤدوا حصة النفقة[6].

وإذا حرث جارك على غير أصل ماء؛ فلك منعه أن يسقي بفضل ماء بئرك التي في أرضك إلا بثمن إن شئت، وأما إن حرث ولأرضه بئر، فانهارت فخاف على زرعه فإنه يقضي له عليك بفضل ماء بئرك بغير ثمن، فإن[7] لم يكن في مائك فضل فلا شيء له[8].

وروي لمالك أنه يرجع عليه بالثمن، وقاله أشهب: إن كان ملياً، وإلا لم يتبع بشيء[9].

وإن رهنك بئره فلك منعه أن يسقي بها[10] زرعه، لأنه يبطل رهنك.

---

(1) في (ن): (وردها) انظر المدونة: 10/429، 430.

(2) قوله: (أرضهم) زيادة من (ن).

(3) قوله: (يملك) ساقط من(ش).

(4) في (ش): (بين).

(5) قوله: (إن) زيادة من (ن).

(6) انظر: المدونة: 10/437.

(7) في (ن): (وإن).

(8) انظر: المدونة: 10/433.

(9) انظر: النوادر والزيادات: 11/11 و12.

(10) في (ش): (بماء).

ولا بأس بشراء شرب يوم أو يومين من عين، أو بئر دون الأصل أو شراء أصل شرب يوم أو يومين من كل شهر(1).

ولا شفعة في ذلك، إن كانت الأرض قد قسمت(2).

وإذا قسمت(3) الأرض وبقيت العين، فلأحدهم أن يسقي بحصته من الماء أرضاً له أخرى [(ش: 69/ب)] أو يؤاجر ذلك ممن يسقي به، أو يبيعه ثم لا شفعة فيه لشركائه(4).

ولا بأس أن تكري منه شرب يوم من كل شهر من هذه السنة من قناته بأرضك هذه يزرعها سنة(5).

وإذا كانت غدير أو بركة، أو بحيرة في أرضك فيها سمك فلا تمنع(6) من يصيد فيها، ولا تباع ممن يصيد فيها سنة؛ لأنها تقل وتكثر(7).

قال سحنون: له منعها.

وقال(8) أشهب: إن طرحها(9) فولدت فله منعها، وإن كان الغيث أجراها فلا تمنع(10).

قال ابن القاسم: وإذا كان لرجل ماء خلف أرضك، وأرضك قاطعة بين مائه،

---

(1) عياض: بئر الشفة: هي التي حفرت للشرب لشفاه الناس.

وتأمل قوله: (فيمن اشترى شرب يوم أو يومين)، هذا الذي قال مالك: لا شفعة فيه؛ لأنه ليس معه أرض فانظرها وما كتبناه فيها في الشفعة والقسمة هذه ليس فيها قِلْدٌ. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2685.

(2) انظر: المدونة: 10/434، 435.

(3) في (ن): (قسموا).

(4) انظر: المدونة: 10/435.

(5) في (ش): (سنته)، وانظر المسألة في: المدونة: 10/436.

(6) في (ن): (تمنع).

(7) انظر: المدونة: 10/439.

(8) في (ن): (قال).

(9) في (ش): (طرحوها).

(10) في (ش): (يمنع)، وانظر المسألة في: النوادر والزيادات لابن أبي زيد: 11/21.

وأرضه فلك منعه من إجرائه في أرضك[1].

وكذلك لو كان له في أرضك مجرى؛ لم يكن له أن يحوله من أرضك إلى موضع أقرب إليه، وليس العمل على ما روي عن عمر في ربيع عبد الرحمن، ولا الحديث الآخر في خليج الضحاك[2].

وروى عن مالك أنه أخذ بما روي عن عمر في ذلك[3]، وقاله ابن نافع في تحويل ممر الماء من ناحية في أرضك، إلى ناحية أخرى من أرضك[4].

جامع القضاء بالمرفق والقضاء في نفي الضرر، وذكر الإبل العوادي والقضاء في البنيان، وما للمرء أن يحدثه وما ليس له، والضمان في التعدي في ذلك من كتاب حريم البئر ومن كتاب القسم

قال النبي عليه [الصلاة و] السلام: «لا يمنع أحدكم جاره أن يغرز خشبة في

---

(1) انظر: المدونة: 10/438، 439.

(2) انظر: الموطأ: 2/746، والمدونة: 10/436، وانظر: التنبيهات المستنبطة، لعياض، ص: 2686.

(3) عياض: وقوله: إنما جاء حديث عمر بن الخطاب في هذا بعينه أنه كان له مجرى ماء في أرض محمد بن مسلمة، فأراد أن يحوله إلى موضع آخر أقرب إلى أرضه من ذلك، فأبى عليه الرجل، فأمره عمر أن يحوله، كذا وقع في كتاب ابن عتاب وابن المرابط وابن سهل، وفي بعض النسخ: في أرض رجل مكان ابن مسلمة وهو الصحيح، وليست هذه قضية محمد بن مسلمة فقضيته في المسألة الأخرى التي قبلها (في رجل له ماء وراء أرضي وأرض دون أرضي، فأراد أن يجري ماءه إلى أرضه في أرضي فمنعته. قال مالك: ذلك لك).

وليس العمل على حديث عمر في هذا، فهذه قضية محمد بن مسلمة مع الضحاك بن خليفة وابن مسلمة: هو المحكوم عليه، وأما الأخرى: فإنما هي قضية عبد الرحمن بن عوف مع جد... عمرو بن يحيى المازني وعبد الرحمن في هذا، هو المحكوم له. وقد ذكر مالك الحديثين في الموطأ على ما نصصناه فدل أن رواية: رجل أصح، ووهم على مالك في المدونة من قال فيه محمد بن مسلمة. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2686، 2687.

(4) قوله: (من أرضك) ساقط من (ن)، وانظر المسألة في: النوادر والزيادات: 11/54.

جداره»[1] فحمل ذلك العلماء على جهة الحض[2] على المعروف، والندب إليه دون أن يقضى به على ممتنع، وقد قال عليه السلام في حديث آخر: «لا ضرر ولا ضرار»[3].

قال مالك في كتاب الجعل: فلا يقضي به وهو على وجه[4] المعروف[5].

قال: وما أحدثه رجل في عرصته من فرن، أو حمام أو أَرْحِية ماء، أو رحا غير ماء[6] أو كير للحديد، أو أفران لتسييل الذهب والفضة، أو آبار أو كُنُف، وذلك بقرب جاره وقرب جداره؛ فكل ما أضر بجاره من ذلك كله منع منه، واستخف[7] اتخاذ التنور[8].

ولو حفر بئراً في داره فانقطع لذلك ماء بئر جاره، لكان لجاره ردمها عليه.

وكذلك إن أضر به ما حفرت خلف جداره في ذلك، وكذلك لو اتخذت بئراً أو كنيفاً في وسط دارك، وذلك مضر به وببئره فله منعك[9].

ومن رفع بناءه ففتح كوى يتشرف منها على جاره منع، وكتب عمر في هذا أن يوقف على سرير، فإن نظر إلى ما في دار جاره منع، وإلا لم يمنع.

قال مالك: يمنع من ذلك ما فيه ضرر، وأما ما لا ينال منه النظر إليه فلا يمنع.

قيل له: هل له أن يجاوز بنيانه[10] بنيان جاره فيشرف عليه، قال: له رفع بنائه[11]؛ إلا

---

(1) متفق عليه، أخرجه البخاري: 2/869، في باب لا يمنع جاره أن يغرز خشبه في جداره، من كتاب المظالم، برقم: 2331، ومسلم: 3/1230، في باب غرز الخشب في جدار الجار، من كتاب المساقاة، برقم: 1609، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(2) في (ن): (الحصر).

(3) سبق تخريجه.

(4) في (ش): (جهه).

(5) انظر: المدونة: 8/78 و79.

(6) في (ش): (غيرها).

(7) قوله: (منه واستخف) يقابله في (ش): (واستحق)، والمثبت موافق لما في التهذيب: 4/225.

(8) انظر: المدونة: 10/109 و110.

(9) انظر: المدونة: 10/442 و443.

(10) في (ن): (بناؤه).

(11) في (ن): (بنيانه).

أنه يمنع من الضرر[1].

وأما إن ستره بعلو بنيانه من الشمس، وهبوب الرياح فلا يمنع من هذا[2].

قال في كتاب تضمين الصناع: ومن فتح في جداره كوة، أو باباً يضر بجاره في التشريف عليه منه [(ش: 70/أ)] مُنع[3]، ولو كان كوة قديمة لم يعرض له فيها، وإن أضرت بجاره[4].

وفي الباب الذي قبل[5] هذا: ما يقضي به من المرفق: في الجار تهور[6] بئره، وما[7] لا يقضي به من إجرائها[8] في أرض جاره، ونحوه.

وإن كانت لك في أرض رجل نخلة فليس له منعك من الدخول إليها لإصلاحها ولجذاذها أنت ومن يلي ذلك لك، وإن كانت أرضه مزروعة؛ فلك السلوك فيها من

---

(1) في (ن): (الضر).

(2) انظر: المدونة: 10/443، 444.

(3) عياض: (وقول عمر في الذي فتح على جاره في غرفة كوة يوضع وراءها سرير ويقوم عليه رجل، فإن كان ينظر إلى ما في الدار منع من ذلك) أراد بالسرير - هنا - السرير المعلوم، ومثله الكرسي وشبهه، لا على ما قال بعضهم: إنه السلم؛ لأن في وضع السلم أبداً والصعود عليه تكلف لا يفعل أبداً إلا لأمر مهم، وليس يسهل الصعود بكل أحد، ومثله التكشف منه لا يتعذر إذا نصب من بين شرفات الدار وأعاليها وذلك غير معتبر، وأما السرير والكرسي، فلا يؤمن أن يقصد الصعود عليه للاطلاع؛ إذ ليس في وضعه والصعود عليه كبير تكلف، وقال ابن أبي زمنين: السرير فرش الغرفة، كذا سمعت بعض مشايخنا يفسره. قال القاضي: وما ذكرناه أولى؛ لقوله: يوضع وراءها السرير، وهو بين؛ لأن الغرفة لا تسمى إلا إذا كانت بفرش.

قالوا: ومعنى قوله: وينظر إلى ما في الدار معناه إذا اطلع من هذه الكوة واستبان منها من دار الآخر الوجوه، فإن لم يستبن الوجوه لم يكن ذلك الاطلاع ضرراً. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2689، وما بعدها.

(4) انظر: المدونة: 8/19.

(5) في (ش): (قيل).

(6) قوله: (تهور) غير مقروء في (ش).

(7) في (ش): (ما).

(8) في (ن): (إجراء ماء).

غير ضرر به مع من يجذها، وليس لك أن تجمع لذلك نفراً يطؤون[1] زرعه، ولو كان لك في وسط[2] أرضه المزروعة أرض لك فيها رعي[3] لم يكن لك السلوك بماشيتك فيها إليه، ولك الدخول لاحتشاشه والخروج به[4].

وكذلك في ممرك في أرضه إلى عين لك طريقك إليها في أرضه؛ فيمنع من الضرر به حين الممر، وإذا انقلعت نخلة لك في أرض رجل من الريح، أو قلعتها أنت فلك أن تغرس مكانها نخلة، أو شجرة من سائر الشجر يعلم أنها لا تكون أكثر انتشارًا، ولا أكثر ضررًا بالأرض من النخلة، ولا تغرس مكانها نخلتين.

وإذا كان لك نهر ممره في أرض قوم فليس لك منعهم أن يغرسوا بحافته شجراً؛ فإذا كنست نهرك حملت على سنة البلد في طرح الكناسة، فإن كان الطرح بضفتيه[5] لم تطرح ذلك على شجرتهم؛ إن أصبت دونها من ضفتيه متسعاً، وإن لم يكن فبين الشجر، فإن ضاق[6] عن ذلك طرحت فوق شجرهم، إذا[7] كان سنة بلدهم طرح طين النهر على حافتيه[8].

وليس لك أن تفتح في سكة غير نافذة باباً يقابل باب جارك، أو يقاربه ولا يُحوِّل باباً لك هناك إذا منعك؛ لأنه ضرر، ولك[9] ذلك في السكة النافذة حيث شئت منها[10].

---

(1) قوله: (نفرا يطول) غير مقروء في (ش).

(2) في (ش): (شط).

(3) في (ش): (زرع).

(4) انظر: المدونة: 10/37.

(5) قوله: (بضفتيه) يقابله في (ش): (بضفة البحر).

(6) في (ش): (ضامن).

(7) في (ش): (وإذا).

(8) انظر: المدونة: 10/38.

(9) زاد بعده من(ش): (في).

(10) انظر: المدونة: 10/113.

قال ابن عبدوس: إلا أن يكون مقابلاً[1] فيه ضرر؛ فيمنع في النافذة.

قال[2] ابن القاسم: وإذا كانت دار داخلها لقوم وخارجها[3] لقوم، وللداخلين الممر على أهل خارجها، فأراد أهل خارجها تحويل بابها إلى موضع قريب من مكانه لا ضرر على الداخلين فيه، فذلك لهم لا يمنعون.

وإن لم يكن بقرب[4] موضعه فللداخلين منعهم، ولهم منعهم من تضييق باب الدار.

ولو اقتسم أهل الداخلة فأراد أهل كل نصيب فتح باب لنصيبه إلى الخارجة لممره فللخارجين منعهم[5]، وأن لا يدخلوا إلا من الباب الأول[6].

وإن قسم رجلان داراً فاشترى أحد النصيبين رجل يلاصق[7] داره ففتح إلى النصيب من داره باباً، وجعل يمر[8] من داره إلى طريق هذا النصيب هو ومن اكترى منه [(ش: 70/ب)] أو سكن معه فذلك له[9] وليس لرب النصيب الآخر منعه إن أراد ارتفاقاً بفتحه واتساعاً له، ومن[10] يسكن معه، وأما إن أراد أن يجعل ذلك فيه كسكة نافذة لممر الناس يدخلون من باب داره، ويخرجون كالزقاق فليس ذلك له[11].

وإذا كانت دار بينك وبين رجل، ولك دار تلاصقها فأردت أن تفتح في المشتركة

---

(1) قوله: (مقابلا) غير مقروء في (ش).

(2) قوله: (قال:) زيادة من (ن).

(3) في (ش): (وخارجه).

(4) في (ش): (بضرب).

(5) قوله: (ولهم منعهم من... فللخارجين منعهم) ساقط من (ن).

(6) انظر: المدونة: 89/10.

(7) في (ش): (فلاصق).

(8) في (ش): (ممراً).

(9) قوله: (له) ساقط من (ن).

(10) في (ش): (ولم).

(11) انظر: المدونة: 114/10.

باباً تدخل منه إلى دارك؛ فللشريك منعك لشركته معك في موضع الفتح.

وإذا[1] كان علو دار لقوم، وسفلها[2] لآخرين فما رث[3] من خشب العلو الذي هو أرض الغرف والسطح فإصلاحه على رب الأسفل، وله ملكه، كما[4] عليه إصلاح ما وهَي ورثَّ من جدار من جدران الأسفل، وإذا سقط العلو على الأسفل فهدمه؛ أجبر رب الأسفل على أن يبنيه أو يبيع ممن يبنيه[5] حتى يبني رب العلو علوه، وكذلك أن يبع[6] ذلك من رجل على أن يبنيه، وكذلك إن امتنع المشتري أيضاً من البناء جبر أن يبني، أو يبيع ممن يبني[7].

ومن حفر بئراً بحيث[8] لا يجوز له[9] ضمن ما عطب فيها من دابة، أو إنسان[10].

ومن أرسل في أرضه ماء، أو ناراً فوصل إلى أرض جاره فأفسد زرعه، فإن كانت أرض جاره بعيدة يؤمن[11] أن يصل ذلك إليها فتحاملت النار بريح، أو غيره فأحرقت؛ فلا شيء عليه، وإن لم يؤمن وصول ذلك لقربها[12] فهو ضامن، وكذلك الماء، وما قتلت النار من نفس فعلى عاقلة مرسلها[13].

قال سحنون: فيما قتلت النار ينظر فيه على ما يجوز له، وعلى ما لا يجوز له.

---

(1) في (ن): (فإذا).

(2) في (ش): (وأسفلها).

(3) قوله: (فما رث) غير مقروء في (ش).

(4) في (ن): (لما).

(5) في (ش): (يبني).

(6) في (ن): (يب).

(7) انظر: المدونة: 10/ 98 و99.

(8) في (ن): (وحيث).

(9) قوله: (له) زيادة من (ن).

(10) انظر: المدونة: 10/ 442.

(11) قوله: (يؤمن) غير مقروء في (ش).

(12) في (ش): (لضربها).

(13) انظر: المدونة: 10/ 438.

قال أشهب: ولو كانوا لما خافوا على زرعهم قاموا لردها فأحرقتهم، فدمهم[1] هدر ولا دية على عاقلة، ولا غيرها[2].

قال ابن القاسم: قال مالك: إذا كانت إبل، أوبقر[3] أو رمك تعدو[4] في زرع الناس قد ضربت لذلك[5] فأرى أن تغرب، وتباع في بلاد[6] لا زرع فيها.

قال ابن القاسم: وأرى الغنم والدواب بمنزلة الإبل والبقر تباع[7] إلا أن يحبسها أهلها عن الناس[8].

تم حريم البئر بحمد الله وعونه وبتمامه

تمت رزمة الأقضية[9]



(1) في (ن): (قدومهم).

(2) انظر: النوادر والزيادات: 357/10.

(3) قوله: (أو بقر) يقابله في (ش): (أن نصر).

(4) قوله: (رمك تعدو) يقابله في (ش): (رمكة تغير).

(5) في (ش): (ذلك).

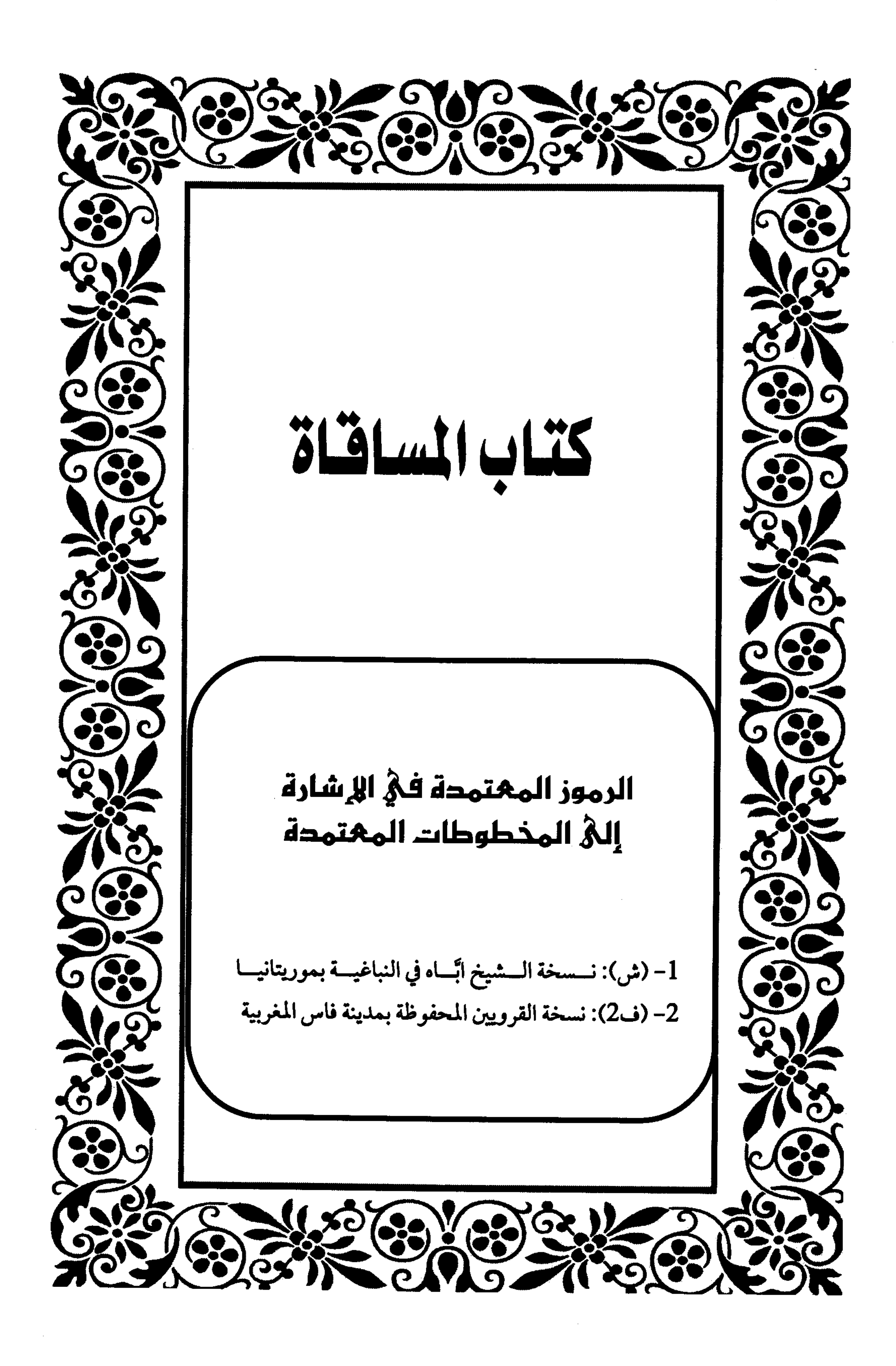
(6) في (ش): (بلدة).

(7) قوله: (تباع) ساقط من (ن).

(8) انظر: المدونة: 73/7.

(9) قوله: (تم حريم البئر... رزمة الأقضية) زيادة من (ن).





كتاب المساقاة

الرموز المعتمدة في الإشارة إلى المخطوطات المعتمدة

1- (ش): نسخة الشيخ ابّاه في النباغية بموريتانيا

2- (ف2): نسخة القرويين المحفوظة بمدينة فاس المغربية



كتاب المساقاة[1]

العمل في المساقاة [(ش: 71/أ)] وما يجوز[2] مساقاته ومساقات البياض مع السواد والشرط فيه

وقد ساقى رسول الله ﷺ يهود خيبر على شطر ما أخرجت من ثمر[3]، أو حب[4].

---

(1) عياض: هذه اللفظة مشتقة من سقي الثمرة؛ إذ هو معظم عملها، وأصل منفعتها.
والمساقاة سنة على حيالها مستثناة من المخابرة وكراء الأرض بما يخرج منها أو بالجزء، ومن بيع الثمرة والإجارة بها قبل طيبها، وقبل وجودها، وهو من الإجارة بالمجهول والغرر، والأصل في ذلك معاملة النبي ﷺ بذلك أهل خيبر،ولداعية الضرورة لذلك، وهو أصل منفرد بأحكام تختص به، وتنعقد باللفظ، كسائر الإجارات والمعاوضات - كما قال في الكتاب - وهو بيع من البيوع، إذا عقداه بالقول بينهما، ولا ينعقد إلا بلفظ المساقاة، خصوصا على مذهَبِ ابن القاسم، فلو قال: استأجرتك على عمل حائطي أو سقيه بنصف ثمرته أو ربعها لم يجز، حتى يسمياها مساقاة، وسنبين ذلك من الكتاب بعد هذا، إن شاء الله تعالى، وشروط صحتها، وجوازها، ثمانية شروط ،أولها: أنها لا تصح إلا في أصل ثمر أو ما في معناه من ذوات الأوراق والأزهار المنتفع بها، كالورد والياسمين.
الثاني: أن يكون قبل طيب الثمرة، وجواز بيعها.
الثالث: أن يكون لمدة معلومة ما لم تطل جداً.
الرابع: أن يكون بلفظ المساقاة كما تقدم.
الخامس: أن يكون بجزء مشاع مقدر.
السادس: أن يكون العمل كله على العامل.
السابع: ألا يشترط أحدهما من الثمرة ولا من غيرها شيئاً معيناً... خالصاً لنفسه.
الثامن: ألا يشترط على العامل عملاً خارجاً عن منفعة الثمرة أو يبقى بعد جذاذها مما له بال، وقدر.اهـ. انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2009، 2010.

(2) في (ش): (يجوز).

(3) في (ف2): (بسر).

(4) متفق عليه، أخرجه البخاري: 2/ 823، في باب إذا قال رب الأرض أقرك ما أقرك الله ولم يذكر أجلاً معلوماً، من كتاب المزارعة، برقم: 2213، ومسلم: 3/1186، في باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع من كتاب المساقاة، برقم: 1551.

قال مالك: وكان بياضها يسيراً بين أضعاف السواد.

قال: وبذلك أخذ أهل العلم أن البياض إذا[1] كان يسيراً؛ سُوقيت بالجزء مما يخرج منها، وإن كان هو الأكثر؛ اكتريت بالذهب والورق[2].

وقال ابن القاسم في كتاب كراء الدور: إن كان البياض قدر الثلث، فأدنى في قيمة كرائه من قيمة الثمرة على عرف نباتها بعد إلغاء قيمة مؤنتها؛ جاز اشتراط دخوله في المساقاة[3].

قال مالك: وإن لم يشترط كان للعامل ملغًى.

قال ابن حبيب: وإن[4] سكتا عنه كان للعامل ملغًى، إن كان يسيراً[5].

وإن اشترطا[6] أن يبقى لرب الحائط يعمله بنفسه[7]، فإن كان يناله سقي الحائط - إن كان الحائط يسقى - لم يجز اشتراطه زيادة[8].

قال ابن القاسم: ولا بأس بالبياض القليل يشترط في المساقاة أن يزرعه العامل من عنده، ويعمله وما أنبتت فبينهما، وأحب إلي أن يلغى للعامل، قال مالك: هذا أحله[9].

وإن شرط[10] أن يزرعه العامل ببذره، أو ببذر ربه، ويعمل فيه العامل على ما أنبتت فلرب النخل؛ لم يجز، كزيادة يسيرة يشترط على العامل.

ولا يجوز أن يشترط فيه نصف البذر على رب الحائط، أو حرث البياض فقط.

---

(1) في (ف2): (إن).

(2) انظر: المدونة: 8/280، 281.

(3) انظر: المدونة: 8/194.

(4) في (ف2): (فإن).

(5) انظر: النوادر والزيادات: 7/300، 301.

(6) في (ش): (لم يشترطا).

(7) في (ش): (لفسه).

(8) قوله: (اشتراطه زيادة) يقابله في (ف2): (اشتراط الزيادة).

(9) انظر: المدونة: 8/306، وما بعدها.

(10) في (ف2): (شرطا).

وإن ساقاه زرعاً فيه بياض، وهو تبع له، جاز أن يشترطه العامل ليزرعه لنفسه خاصة، كبياض النخل.

والمساقاة في كل أصل من الشجر جائزة، ما لم يحل بيع ثمرتها، على ما يشترطا[1] من ثلث، وربع[2]، وأقل وأكثر، وتجوز[3] على أن للعامل جميع الثمرة، كالربح في القراض[4].

ولا بأس بمساقاة نخلة أو نخلتين،أو شجرة أو شجرتين.

ولا بأس بمساقاة حائط ببلد بعيد، - يريد يصل إليه قبل طيبه - إذا وصف، كالبيع، ونفقة العامل في خروجه إليه عليه، بخلاف القراض، وهذه سنة المساقاة.

ولا بأس بمساقاة النخل[5]، وفيها ما لا يحتاج إلى سقي[6].

ولا بأس بمساقات شجر[7] البعل التي على غير ماء؛ لأنها تحتاج إلى عمل ومؤنة، كشجر إفريقية والشام، قيل: فزرع البعل كزرع إفريقية ومصر، وهو لا يسقى.

قال: إن احتاج من المؤنة إلى ما تحتاجه شجر البعل[8]، ويخاف هلاكه إن ترك، جازت مساقاته.

وإن كان[9] لا مؤنة فيه إلا حفظه وحصاده ودراسه؛ لم يجز، ويصير إجارة فاسدة، وليس زرع البعل[10] كشجره، وإنما تجوز[11] مساقاة زرعه على الضرورة

---

(1) في (ش): (شرط).

(2) في (ش): (أو ربع).

(3) في (ش): (ويجوز).

(4) انظر: المدونة: 8/279، 280.

(5) قوله: (ولا بأس بمساقاة النخل) ساقط من (ش).

(6) انظر: المدونة: 8/280، 281.

(7) قوله: (شجر) زيادة من (ف2).

(8) في (ش): (البقل)، وهو موافق لما في المدونة، وتهذيب البراذعي: 3/420.

(9) في(ش): (كانت).

(10) في (ش): (البقل).

(11) في(ش): (يجوز).

والخوف[1] عليه[2].

ولا تجوز مساقات الزرع [(ش: 71/ب)] إلا أن يعجز عنه صاحبه، وإن كان له ما يسقى به؛ لأنه قد يعجز ربه عن الدواب والأجراء.

وكذلك إن كان ماؤه[3] سيحاً، فعجز عن الأجراء، وإنما تجوز مساقاته إذا استقل عن[4] الأرض، وإن أسبل إذا احتاج إلى الماء وإن تُرك مات.

فأما بعد جواز بيعه؛ فلا تجوز مساقاته[5]، وإن كان في الزرع شجر مفترقة[6] هي تبع له، جاز أن يشترط على ما شرطا في الزرع.

ولا ينبغي أن[7] يشترطها العامل لنفسه، وإن قلت بخلاف البياض.

ولا يجوز على أن ثمرتها لأحدهما دون الآخر[8].

وقوله: هي تبع له يعني، وإن كانت تبعاً؛ فلا يشترطها العامل لنفسه بخلاف البياض، وكذلك زرع تبع للأصول، إلا أن المساقات فيهما جائزة على جزء واحد، كان أحدهما تبعاً، أو غير تبع.

قال ابن القاسم في المستخرجة: ويجوز مساقاة الجزر والفجل، وكذلك العصفر والكمون، كالزرع وذكر البصل في المدونة في غير رواية يحيى، وذكره ابن حبيب، وقال: ذلك[9] إذا عجز عنه صاحبه كالزرع[10].

قال ابن القاسم في المدونة: ولا بأس بمساقاة الورد والياسمين والقطن، - محمد:

---

(1) في (ف2): (في الخوف).

(2) انظر: المدونة: 8/303، 304.

(3) في (ش): (ماؤها).

(4) في (ف2): (من).

(5) قوله: (تجوز مساقاته) يقابله في (ش): (يجوز سقاؤه).

(6) في (ش): (معرفة).

(7) في (ش): (لا).

(8) انظر: المدونة: 8/309، 310.

(9) في (ش): (قال).

(10) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 12/163، 164.

وإن لم يعجز عن ذلك -، وأما المقاثي وقصب السكر[1]، فكالزرع يساقى إن عجز عنه ربه[2]، - محمد: إذا ظهر أول ذلك، ولم يبلغ إلى حد[3] يجوز فيه بيعه -؛ لأنه ثمرة ونبات واحد متصل الطياب كالتين وشبهه[4].

وإذا حل بيع المقاثي؛ لم تجز مساقاتها؛ وإن[5] عجز عنها ربها، وكذلك كل ما حل بيعه[6].

سحنون: يجوز مساقاة ما حلَّ بيعه وهي إجارة بنصفه[7].

---

(1) عياض: واختلف في غير الأصول الثابتة؛ كالمقاثي، وقصب السكر؛ فمذهب مالك: إنما يجوز فيها المساقاة عند العجز عند صاحبها للضرورة.
وابن نافع يراها كالأصول الثابتة، تجوز فيها المساقاة ابتداء، وكذلك الزرع عندهما.
واختلف تأويل شيوخنا المتأخرين على مذهَبِ المدونة فيما عدا المقاثي والزرع من ذوات الأصول غير الثابتة غير المثمرة، كالقطن والورد والياسمين، هل محملها محمل الزرع والمقاثي على مذهَبِ مالك في الكتاب لا يساقي إلا بعد العجز أو يجوز على الجملة.
فكان أبو عمر بن القطان، يذهب أن مذهب المدونة جواز ذلك على كل حال، وهو ظاهر قول اللخميّ، ويحتج هؤلاء بقوله في المدونة: (لا بأس بمساقاة الورد والياسمين والقطن) مطلقاً، وعطفه على قوله: (تجوز المساقاة في كل ذي أصل من الشجر)، وهذا قول محمد بن المَوَّاز في الورد والياسمين.
وقال غيره من الشيوخ: لا دليل في لفظ الكتاب على قول أبي عمر لاحتمال أن يكون معنى قوله ذلك، إذا عجز، وإذ لا فرق بين القطن والزرع والمقاثي، وقصب السكر.
وكان شيخنا القاضي أبو الوليد بن رشد يفرق بين هذه الأشياء من جهة النظر، ويقول: لا ينبغي أن يختلف في جواز مساقاة الورد والياسمين) مطلقاً.
ولو قيل: إن المساقاة في المقاثي والقطن وما في معناها جائزة مطلقاً بخلاف الزرع، وقصب السكر، وما في معناهما مما يجنى من أصوله لكان له وجه، إلا أنهم لم يقولوه.اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2010، وما بعدها.
(2) قوله: (عنه ربه) يقابله في (ف2): (ربه عنه).
(3) قوله: (إلى حد) ساقط من (ش).
(4) قوله: (وشبهه) زيادة من (ف2)
(5) قوله: (تجز مساقاتها وإن) يقابله في (ش): (يجز مساقاته إن).
(6) انظر: المدونة: 8/310، 311.
(7) انظر: النوادر والزيادات: 7/297.

قال ابن القاسم: وإذا زهى[1] بعض الحائط؛ لم تجز[2] مساقات جميعه لجواز بيعه، وما لم يزه من ثمر[3] نخل أو شجر، فجائز[4] سقاؤه كما[5] يجوز لو لم تظهر الثمرة[6].

ولا يجوز مساقاة القصب؛ لأنه يساقى بعد جواز بيعه، وكذلك القرظ والموز والبقل؛ لأن ذلك كله بطن بعد بطن، وجزة بعد جزة، وليس كثمرة ذات أصل تجتنى[7] في مرة ويتفاوت طيبها، ولكن من شاء اشترى ذلك كله[8]، واشترط خلفته على ما يجوز.

ولا تجوز مساقاة شجر الموز، وإن عجز عنها ربها، وإن لم يكن فيها ثمر.

ولا بأس بشراء الموز في شجره إذا حل بيعه، ويستثنى من بطونه خمسةأو عشرة بطون، أو ما تطعم هذه السنة أو سنة ونصف[9]، وذلك معروف، والقصب مثله[10].

وكل ما يجزّ أصله فيخلف؛ [(ش: 72/أ)] لا تجوز مساقاته، وكل ما تجنى ثمرته، ولا يخلف وأصله ثابت أو غير ثابت؛ فمساقاته[11] جائزة.

ولا بأس بمساقات نخل تطعم في السنة مرتين، كما يجوز مساقات عامين، وليس

---

(1) في (ف2): (أزهى).

(2) في (ف2): (يجز).

(3) في (ف2): (ثمرة).

(4) في (ش): (فجائزة).

(5) في(ش): (بها).

(6) انظر: المدونة: 8/287.

(7) في (ف2): (تجنى).

(8) قوله: (كله): ساقط من (ف2).

(9) في(ش): (ونصفاً).

(10) انظر: المدونة: 8/312، 313.

(11) في (ش): (مساقاته).

ذلك مثل ما كرهنا من مساقات القصب؛ لأن القصب[1] يحل بيعه، وبيع ما يأتي بعده، والشجر لا تباع ثمرتها[2] قبل أن تزهى.

جامع[3] ما يحل ويحرم في المساقاة من عمل أو شرط، وما للعامل أو[4] عليه من المؤنات، والقضاء في المساقات الفاسدة

وإنما تجوز المساقات على نحو ما جاءت به[5] السنة من العمل[6] فيها كالقراض، فإذا خرجا عن حدِّ ما جاءت به الرخصة فيهما؛ كان كإجارة مجهولة فحرمت[7].

قال ابن القاسم: ووجه العمل في المساقاة أن جميع العمل والنفقة وجميع المؤنة على العامل، وإن لم يشترط ذلك عليه[8].

قال: وعليه نفقة نفسه، ونفقة دواب الحائط ورقيقه، كانوا له أو لرب الحائط، ولا يجوز أن يشترط نفقتهم أو نفقة العامل نفسه على رب الحائط.

قال ربيعة: ولا بينهما[9].

قال ابن القاسم: ولا يشترط عليه جذاذ النخل، والجذاذ والحصاد والدراس على العامل[10].

---

(1) في (ف2): (للقصب).

(2) قوله: (تباع ثمرتها) يقابله في (ش): (يباع ثمرها).

(3) قوله: (جامع) ساقط من (ف2).

(4) في (ف2): (و).

(5) قوله: (ما جاءت به) ساقط من (ش).

(6) قوله: (من العمل)ساقط من (ش).

(7) قوله: (فحرمت) زيادة من (ف2).

(8) انظر: المدونة: 8/ 291.

(9) قوله: (قال ربيعة: ولا بينهما): زيادة من (ف2).

(10) قوله: (قال ابن القاسم: ولا يشترط... الدراس على العامل) ساقط من (ش).

قال[1] في الزيتون: إن شرطا قسمه حباً جاز، وإن شرطا عصره على العامل؛ جاز ذلك، ولا أرى للعامل أن يأكل من الثمرة شيئاً[2].

وما كان من سواقط النخل، أو ما سقط من بلح وغيره، والجريد والليف وتبن الزرع؛ فبينهما[3] على ما شرطا من الأجزاء[4].

وما كان في الحائط يوم عقد المساقاة من رقيق ودواب[5] لربه جاز اشتراطهم[6]، - يريد: وإن لم يشترطهم جاز وقضي ببقائهم فيه-

ولا ينبغي[7] أن يساقيه على أن ينزع ذلك منه، فيصير[8] كزيادة شرطها إلا[9] أن

(1) في (ف2): (وقال).

(2) انظر: المدونة: 8/285، 286.

(3) في (ف2): (بينهما).

(4) انظر: المدونة: 8/298، 299

(5) في (ف2): (أو دواب).

(6) عياض: أوقف في كتاب ابن عتاب: (ويشترطهم) وكتب عليه: ليس هذا الحرف من المدونة، وصح في الأسدية.

قال القاضي: هو لفظ مستغنى عنه، ولذلك طرحه سحنون - والله أعلم - إذ ذلك للعامل وإن لم يشترطهم كما بينه بعد ذلك في الباب، إلا أنه يستفاد من إثباتها في الأسدية قول ثان له مثل ما في كتاب ابن مزين ليحيى وابن نافع أنهم لا يدخلون إلا باشتراط، ولعمري إن هذا في الكتاب غير بين، وقد سأله عن هذا فلم يعط فيه جواباً بيناً، وأجابه على منع اشتراط رب الأرض إخراجهم لفساد المساقاة بذلك.

وقد اعترض المسألة حمديس، والذي يقتضيه كلامه أن الذي فهم منها صحة لفظة الاشتراط، وإثباتها على ما في الأسدية؛ لأنه قال: ينبغي على أصله ألا تفسد المساقاة باشتراط رب النخل إخراجهم؛ لأنه لو سكت عن الاشتراط لم يدخلوا، وإنما يصح جوابه أن يكون السقي إذا وجب في الحائط، وقع على ما فيه من جميع آلاته، وإن لم يشترط، كالبياض اليسير في النخل تقع المساقاة عليه، وإن لم يذكراه.اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2013.

(7) قوله: (ولا ينبغي) ساقط من (ش).

(8) في (ف2): (فتصير).

(9) قوله: (شرطها إلا) يقابله في (ش): (اشترطها).

يكون قد نزعهم قبل ذلك.

وما لم يكن في الحائط يوم العقد، فلا ينبغي أن يشترطه العامل على رب الحائط، إلا ما قلَّ، كغلام أو دابة في حائط كبير، ولا يجوز ذلك في صغير.

ورب حائط تكفيه دابة واحدة لصغره، فيصير[1] في هذا يشترط جميع العمل على ربه، وإنما يجوز اشتراط ما[2] قلَّ فيما كثر[3].

ولا يجوز أن يشترط العامل أن يعمل معه رب الحائط بنفسه، فإن نزل ذلك فله مساقاة مثله؛ لأن مالكاً أجاز أن يشترط عليه دابة أو غلاماً[4]، إذا كان ذلك لا يزول، وإن مات أخلفه له رب الحائط[5].

وقال[6] محمد: يردُّ إلى إجارة [(ش: 72/ب)] مثله في اشتراطه عمل رب الحائط[7].

قال سحنون: إذا جاز له اشتراط عون غلام رب المال؛ جاز أن يشترط عون نفسه[8]، ولو اشترط عون غلامه أو دابته، ولم يشترط خلف ذلك إن هلك؛ لم يجز[9].

قال ابن القاسم: ولا يشترط على رب المال[10] دواباً ورقيقاً ليسوا في الحائط، ولا خلف ما أدخل العامل فيه، وأما ما كان فيه[11] يوم التعاقد من دواب ورقيق،

---

(1) في (ف2): (فيكون).

(2) قوله (اشتراط ما) يقابله في (ش): (اشتراطها).

(3) في(ش): (كثره).

(4) قوله: (أو غلاماً) يقابله في(ش): (وغلاماً).

(5) انظر: المدونة: 8/ 291.

(6) في (ف2): (قال).

(7) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 7/ 304.

(8) زاد بعد في (ف2): (ولو اشترط عون غلام رب المال جاز أن يشترط عون نفسه).

(9) انظر: التبصرة، للخمي، ص: 4700.

(10) في (ف2): (الحائط).

(11) قوله: (فيه): زيادة من (ف2).

فخلف[1] ما مات منهم على رب الحائط، وإن لم يشترط العامل ذلك عليه[2].

ولا بأس باشتراط التلقيح على رب المال، فإن لم يشترط فهو على العامل.

ولا يجوز أن يشترط رب المال على العامل شيئاً يزداده عليه ولا عملاً يحدثه في الحائط إلا ما تقلَّ[3] مؤنته وما يستخف في[4] المساقاة اشتراطه مثل: سَرْو الشَّرَب:[5] وهو تنقية ما حول النخل من منافع الماء، وخم العين:[6] وهو كنسها، وقطع الجريد، وإبار النخل: وهو تذكيرها، واليسير[7] من إصلاح الضفيرة[8]، ولا يجوز من شرط

---

(1) قوله: (ورقيق فخلف) يقابله في (ش): (ورقيق)

(2) انظر: المدونة: 8/283، 284.

(3) قوله: (رب المال على العامل ...الحائط إلا ما يقل) يقابله في (ش): (ما تكثر).

(4) في (ش): (من).

(5) عياض: وسرو الشرب: بفتح السين المهملة، وسكون الراء في الكلمة الأولى، وفتح الشين المعجمة، وفتح الراء في الكلمة الثانية - فسره في الكتاب وبيانه: أن الشربة الحفرة حول النخل، يجتمع فيها الماء لسقيها، ولتشرب عروق النخلة منها، والجمع شرب وشربات.

وسروها: كنسها، وتنقيتها مما يقع فيها، ويسوق الماء إليها من النبات وغيره، وتوسعتها ليكثر فيها الماء لا ما قاله بعضهم من أنه نزع ما يجعل فيها من الجريد والليف ليحبس فيها رطوبة الماء؛ إذ لا منفعة في هذا، وإنما تكنس ليزال عنها ما يضيقها من الكناسات والتراب ليكثر حملها للماء، وتحبسه على الأصول، ويستنقع فيها. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2014.

(6) عياض: وخم العين - بفتح الخاء -: كنسها مما لعله يسقط فيها أو ينهار من التراب وغيره لتنفتح منابعها، ويغزر ماؤها، ويتهيأ استقاؤها. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2014.

(7) في (ف2): (واليسيرة).

(8) في (ف2): (الظفيرة).

عياض: والضفيرة: عيدان تنسج، وتضفر، وتطين فيجتمع فيها الماء؛ كالصهريج، وإلى معنى هذا أشار ابن حبيب.

وقال غيره: هي مثل المسناة الطويلة في الأرض تجعل ليجري الماء فيها، وتبنى بخشب وحجارة، ويضفر بعضها ببعض وهو أشبه بمعنى الحديث، يمنع من انسياق الماء على وجه الأرض، حتى يصل إلى الحائط. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2015.

إصلاحها ما تكثر[1] نفقتها فيه.

قال ابن حبيب: سد الحظار:[2] تحصين الجدر[3] وتزريبها، وخم العين: كنسها، وسَرو الشرب: تنقية الحياض التي حول أصول الشجر، وتحصين حروفها، ومجرى الماء إليها.

ورم القف: هو[4] الحوض الذي يسقط فيه ماء الدلو، ثم يجري منه إلى الضفيرة[5]: وهي محبس الماء كالصهريج[6]، وإبار النخل: تذكيرها.

فلا بأس باشتراط[7] هذه الأشياء على العامل، فإن لم يشترط[8]؛ فهي على رب الحائط، إلا الجذاذ والتذكير[9]، وسَرو الشرب؛ فإنه على العامل[10].

---

(1) في (ش): (يكثر).

(2) عياض: وسد الحظار وشده يروى بالوجهين، بالمعجمة، وبغير المعجمة، وبالمُهمَلَة رواه ابن وضاح. والحظار كالحائط أو الزرب حول الثمار؛ لئلا تدخله المواشي ومن يستضر به.

قال ابن مزين: والشين المعجمة أصوَب في هذا الموضع. وقال يحيى بن يحيى: ما حظر بزرب فبالشين المعجمة، وما كان بجدار فبالمهملة.اهـ.

انظر: التنبيهات المستنطة، ص: 2014، 2015.

(3) في النوادر والزيادات: (تحظير الجذور).

(4) قوله: (هو) زيادة من (ف2).

(5) في (ف2): (الظفيرة).

عياض: والضفيرة: عيدان تنسج، وتضفر، وتطين فيجتمع فيها الماء؛ كالصهريج، وإلى معنى هذا أشار ابن حبيب.

وقال غيره: هي مثل المسناة الطويلة في الأرض تجعل ليجري الماء فيها، وتبنى بخشب وحجارة، ويضفر بعضها ببعض وهو أشبه بمعنى الحديث، يمنع من انسياق الماء على وجه الأرض، حتى يصل إلى الحائط. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2015.

(6) في (ش): (كالصريح).

(7) في(ش): (باشتراطه).

(8) في (ف2): (يشرط).

(9) قوله: (والتذكير) زيادة من (ف2).

(10) انظر: والنوادر والزيادت: 7/307، 308.

قال ابن القاسم: وإن شرط عليه بناء حائط حول النخل أو تزريعها[1] أو حفر بئر لسقيها، أو لسقي الزرع، أو إخراق[2] مجرى العين ونحوه[3] إليها؛ لم يجز[4]، ويكون أجيراً إذا كان ما ازداد به[5] ربه من ذلك يكفيه به[6] مؤنة ليست بيسيرة[7] مثل ما ذكرنا من خم[8] العين ونحوه[9].

وإن كان شيء من ذلك في قلة المؤنة، مثل مؤنة ما أجيز اشتراطه عليه؛ جاز، وقد أجيز أن يشترط العامل معونة رب الحائط بالعبد، أو الدابة في حائط كبير[10].

وإذا اشترط[11] أن يسقي العامل النخل بمائه، ويصرف رب النخل ماءه حيث شاء؛ لم تجز[12] للزيادة المشترطة، كاشتراط[13] [(ش: 73/أ)] زيادة دينار واحد، وقد يساوي[14] الماء مالاً.

وقد أجاز مالك لمن انهارت[15] بئره؛ دفع حائطه مساقاة إلى جاره، يسوق[16]

---

(1) في (ف2): (تزريبها).

(2) في(ش): (أحداق).

(3) قوله: (ونحوه) ساقط من (ف2).

(4) في(ش): (يجزه).

(5) قوله: (به) زيادة من (ف2).

(6) قوله: (به) زيادة من (ف2).

(7) في(ش): (يسيرة).

(8) في (ش): (مجرى).

(9) انظر: المدونة: 294/8.

(10) في (ف2): (كثير).

(11) في (ف2): (شرطا).

(12) في(ش): (يجزئ)، وفي (تهذيب البراذعي): (يجز)

(13) في(ش): (كشتراطه).

(14) في (ف2): (يسوى).

(15) في(ش): (صارت).

(16) في (ف2): (ويسوق).

ماءه إليه للضرورة، ولولا أنه أجازه لكرهتُه[1].

وقال سحنون، قول مالك أحسن[2].

قال: وما مات من دواب أو رقيق كانوا في الحائط، فعلى ربه خلفهم، إذ عليهم عمل العامل، ولو شرط خلفهم على العامل؛ لم يجز، ولو شرط إخراجه[3] رقيقه ودوابه منه، أو شرطهم العامل[4] على ربه، وليسوا فيه؛ لم يجز، فإن[5] نزل ذلك؛ فللعامل أجر مثله والثمرة لربها[6].

وإن شرط[7] أن لأحدهما من الثمرة مكيلة معلومة وما بقي فبينهما؛ لم يجز، ويكون للعامل أجر مثله، أثمرت[8] النخل أم لا، وما كان من ثمر فهو لرب الحائط، وإن شرط أن للعامل ثمر نخلة معلومة، وما بقي بينهما، أو على أن[9] لرب الحائط نصف البرني، وباقي الحائط للعامل لم يجز؛ لأنه خطر.

وإن ساقاه حائطاً على أن جميع الثمر للعامل؛ جاز ذلك[10].

ولو شرط[11] أن يخرج من الثمر نفقته ثم يقسمان ما بقي، لم يجز.

ولا بأس أن يشترط[12] الزكاة في حظِّ أحدهما؛ لأنه يرجع إلى جزء[13] معلوم

---

(1) انظر: المدونة: 8/294.

(2) في (ش): (حسن).

(3) في (ف2): (إخراج).

(4) قوله: (العامل) زيادة من (ف2).

(5) زاد بعده من (ش): (لم).

(6) انظر: المدونة: 8/283، 284.

(7) في (ف2) و(تهذيب البراذعي): (شرطا).

(8) في (ف2): (أثمر).

(9) قوله: (أن) ساقط من (ش).

(10) انظر: المدونة: 8/290.

(11) في (ش): (خرج).

(12) في تهذيب البراذعي: (يشترطا).

(13) في (ش): (جزاء).

ساقى عليه، فإن لم يشترطا شيئاً[1]؛ فشأن الزكاة أن يبدأ بها، ثم يقسمان ما بقي.

قال مالك في المختصر: وإذا جذَّ بعض[2] النخل فعليه سقي ما جذَّ، وما لم يجذ، وكذلك إن كان فيه نخل يستأخر طيبها، مثل العدائم: وهي التي يبطئ طيابها[3]، وقاله ابن القاسم[4].

قال ابن حبيب وابن[5] الماجشون: وإن كانت العدائم قليلة جداً فسقي الحائط كله على رب الحائط عدائمه وما جذ منه، وإن كانت أكثر الحائط فعلى العامل سقي الحائط كله، مثل ما عليه في الحائط يجذ[6] بعضه ويبقى بعضه، وإن كانت العدائم[7] قدر النصف أو ما يقارب ذلك فسقي العدائم خاصة على العامل.

وأما حائط فيه ثمار مختلفة يجذ بعضها فما بقي كالعدائم عند عبد الملك في قلتها وكثرتها.

وقال مطرف: كل ما جني منها فقد[8] سقط سقي ذلك[9] الجنس عن العامل.

قال ابن المواز: وروى[10] ابن وهب عن مالك: أن على العامل سقي الحائط كله حتى يفرغ، وإن كانت ثماره[11] مختلفة[12].

---

(1) قوله: (شيئاً) زيادة من (ف2).

(2) قوله: (بعض) زيادة من (ف2).

(3) في (ش): (طيبها).

(4) انظر: البيان والتحصيل: 12/145، والنوادر والزيادات: 7/305.

(5) في (ف2): (وقال ابن).

(6) قوله: (يجذ) ساقط من (ش).

(7) قوله: (العدائم) زيادة من (ف2).

(8) قوله: (فسقي العدائم خاصة على العامل... فقد) ساقط من (ش).

(9) قوله: (ذلك) زيادة من (ف2).

(10) زاد بعده من(ش) قوله: (عن).

(11) في (ف2): (ثمار).

(12) انظر: النوادر والزيادات: 7/305، 306.

ومن المدونة، قال ابن القاسم[1]: والشأن في المساقاة إلى الجذاذ، إذ[2] لا يجوز شهراً ولا سنة محدودة، وهي إلى الجذاذ، إذا لم يؤجّلا، وإذا كانت تطعم في العام مرتين؛ فهي إلى الجذاذ الأول حتى يشترط[3] الثاني.

ويجوز أن يساقيه سنينا ما[4] لم تكثر[5] جداً، قيل: فعشرة؟ قال: لا أدري تحديد عشرة ولا ثلاثين ولا خمسين.

وإذا أعطاه[6] أرضاً يغرسها شجراً كذا، ويقوم عليها حتى إذا بلغت الشجر كانت بيده مساقاة سنين سماها؛ لم يجز؛ لأنه خطر، ولا تجوز مساقات نخل أو شجر لم تبلغ حدَّ الإطعام خمس سنين، [(ش: 73/ب)] وهي تبلغه إلى حولين[7].

وإذا أخذ نخلاً مساقاة وفيها بياض تبع لها على أن يكون البياض أول سنة للعامل يزرعه[8] لنفسه، ثم يعود إلى رب الحائط يزرعه لنفسه باقي السنين؛ لم يجز لأنه خطر[9].

وإذا أخذ حائطين مساقاة على النصف، على أن يعمل أول سنة فيهما، ثم يرد أحدهما في العام الثاني -يريد يرده بعينه أو[10] بغير عينه -، ويعمل في الآخر؛ لم يجز؛ لأنه خطر[11].

ولا يجوز أن يدفع إليه حائطين أحدهما على النصف، والآخر على الثلث في صفقة،

---

(1) قوله: (قال ابن القاسم) ساقط من (ف2).

(2) قوله: (إذ) ساقط من (ف2).

(3) في (ف2): (يشترطا).

(4) قوله: (ما) ساقط من (ف2).

(5) في (ش): (يكثر).

(6) في (ف2): (أعطى).

(7) انظر: المدونة: 8/295 و296.

(8) في (ف2): (يزرع).

(9) انظر: المدونة: 8/308.

(10) في (ف2): (أم).

(11) في (ف2): (خطأ). والمثبت موافق لما في المدونة: 8/308.

وهو خطر في أن يثمر أحد الحائطين دون[1] الآخر.

ولا بأس أن يكونا على جزء واحد، وإن كان أحدهما أفضل من الآخر مما لو أفرد لسوقي هذا على الثلث وهذا على الثلثين.

وقد كان في خيبرَ الجيدُ والرديء حين ساقاها النبي عليه [الصلاة و] السلام كلها على الشطر[2].

وإن ساقاه[3] نخلاً على النصف، وزرعاً[4] على الثلث؛ لم يجز حتى يكونا على النصف جميعًا، ويعجز عن الزرع ربُّه.

وإن كانا في ناحيتين، وذلك كحائطين مفترقين، ولا يجوز أن يساقيه حائطاً على أن يعمل له في حائط آخر بغير شيء[5].

والنخل بين الرجلين لا بأس أن يساقيها[6] أحدهما الآخر[7]، أو يساقي الرجل حائطه من رجلين، أو حائط لقوم ساقوه لجماعة أيضاً.

ومن طابت ثمرة نخله فساقاها هذه السنة، وسنتين بعدها؛ لم يجز، وفسخ.

وإن جذّ العاملُ الثمرةَ كان له أجره، وما أنفق فيها، فإن عمل بعد جذاذ الثمرة؛ لم يفسخ بقية المساقاة، وله استكمال الحولين الباقيين، وله فيهما مساقاة مثله، ولا أفسخها بعد تمام العام الثاني، إذ قد تقل ثمرة العام الثاني، وتكثر في الثالث فأظلمه، وهذا كأخذ العرض قراضاً إن أدرك بعد بيعه، وقبل أن يعمل فسخ، وله أجر بيعه، وإن عمل فله قراض مثله، وله أجرة بيعه[8].

---

(1) قوله: (دون) ساقط من (ش).

(2) تقدم تخريجه.

(3) في (ف2): (ساقى).

(4) في (ش): (وزرعها).

(5) انظر: المدونة: 8/ 301.

(6) في (ف2): (يساقيهما).

(7) في (ش): (للآخر).

(8) انظر: المدونة: 8/ 292.

في العامل يعجز أو يترك أو يساقي أو يعري أو يموت أو يفلس هو أو رب الحائط أو يتقايلا أو يلفى العامل سارقاً أو تغور العين

والقضاء في المساقاة أنها تلزمهما بالتعاقد، وإن لم يعمل.

قال ابن[1] سحنون: هي كالإجارة[2] بخلاف القراض، والقراض كالجعل[3].

قال ابن القاسم: وليس لأحدهما الترك، ويجوز أن يتتاركا بغير شيء يأخذه أحدهما من الآخر، وليس ببيع ثمر لم يبد صلاحه، إذ للعامل أن يساقي غيره، فرب الحائط كأجنبي إذا تاركه[4].

قال أصبغ: فإن[5] أخرجه منه على أن له جزءًا من الثمرة، فكأن العامل ساقاه إياه، فأما بعين، أو عرض من أحدهما فلا[6].

ولو اجتمعا على بيع الثمر قبل زهوه، أو الزرع قبل طيبه ممن يجذ أو يحصد ذلك مكانه، جاز، [(ش: 74/أ)] ذلك وما أرى فيه مغمزاً، وما سمعت فيه شيئاً.

ولا تنتقض المساقاة بموت أحدهما، فإن مات العامل، قيل لورثته: اعملوا كعمله، فإن أبوا؛ لزم ذلك في ماله، وإن كانوا غير مأمونين؛ لم يأخذوه، وأتوا[7] بأمين.

ولمن سوقي في أصل أو زرع مساقاة غيره، وإن لم يعجز في مثل أمانته، فإن ساقى

---

(1) قوله: (ابن) ساقط من (ش).

(2) في (ف2): (كالإجارات).

(3) انظر: منتخب الأحكام لابن أبي زمنين: 2/971.

(4) انظر: المدونة: 8/297.

(5) في (ف2): (وإن).

(6) انظر: النوادر والزيادات: 7/310، ونصها: (قال عنه أصبغ: وإذا قال رب الحائط للعامل: اخرج من المساقاة على أن لك ربع الثمرة إذا طابت. فذلك جائز، وإذا قال رب الحائط بعد أن عمل وأنفق: أنا أعطيك عينا أو عرضا، على أن تخرج؛ لم يجز، وإن أعطاه من الثمرة بعينها شيئا قبل أن تطيب؛ فإن كان جزءا شائعا، جاز، ولا يجوز كيلا منهما).

(7) في (ف2): (وليأتوا).

غير أمين ضمن.

ولو عجز العامل عن السقي، قيل له: ساق من شئت أميناً، فإن لم يجد أسلم الحائط إلى ربه، ثم لا شيء له، ولا عليه؛ لأنه لو ساقاه إياه جاز، كجوازه لأجنبي.

وإن عجز وقد حل بيع الثمرة؛ لم يجز أن يساقي غيره، وليستأجر، فإن لم يجد إلا أن يبيع نصيبه ويؤاجر به فعل، فإن كان فيه فضل فله[1]، وإن[2] نقص كان في ذمته، إلا أن يرضى رب الحائط أخذه، وأن يعفيه[3] من العمل؛ فذلك له.

قال ابن أبي سلمة: السقي بالذهب والورق، كبيع ما لم يبد صلاحه[4].

ولا يجوز أن يربح في المساقاة، إلا[5] ثمرةً مثل أن يأخذ على النصف، ويعطي على الثلثين فيربح السدس[6]، أو يربح عليه[7].

قال مالك: فإن أخذه على النصف[8] ودفعه على الثلثين للداخل، فإن ربه يأخذ

---

(1) في (ش): (منه).

(2) في (ف2): (إن).

(3) في (ش): (يبقيه)، والمثبت موافق لما في المدونة.

(4) عياض: وقول عبد العزيز في المساقاة بالذهب والورق مثل بيع الثمر قبل بدو صلاحه.
قال بعضهم: هو كلام مشكل، ومعناه عندي أنها إذا وقعت بالذهب والورق فكأن العامل باع نصيبه من الثمر قبل أن يظهر ويحل بيعه.اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2016.

(5) زاد بعد في (ش) قوله: (إن).

(6) عياض: هو خلاف مذهب مالك، ومالك لا يجيز هذا.
قال بعض شيوخنا: لأنه إن كان زاده السدس من الحائط فقد باع ذلك على ربه بغير إذنه، وباع ما لم يبعه منه، وإن اشترط ذلك في ذمته، كان بيع الثمرة على جزأين: جزء من الحائط، وجزء في الذمة، وذلك فاسد.
وقال غيره: معنى ما وقع من إجازة ذلك أن المساقي الثاني لم يعلم أن الأول أخذه على النصف، وأما لو علم ذلك لم يجز؛ للعلة التي ذكرنا، وكان للعامل الثاني أجرة مثله.اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2016، 2017.

(7) انظر: المدونة: 8/289.

(8) قوله: (على النصف) زيادة من (ف2).

النصف، ويرجع العامل الثاني على الأول بالسدس[1].

قال ابن القاسم: وليس للعامل أن يعري من الحائط، إذ ليست له نخلة معينة، إلا أن يعريه حظه من نخلات معينات، فيجوز[2].

وإن ساقاه ثلاث سنين؛ فليس لأحدهما المتاركة حتى تنقضي، إلا أن يتراضيا بغير شيء يأخذه أحدهما من الآخر[3].

ومن ساقيته حائطك[4] لم يجز أن يقيلك على شيء تعطيه إياه[5]، كان قد شرع في العمل أم لا؛ لأنه غرر، إن أثمرت النخل فهو بيع الثمر قبل زهوه، وإن لم يثمر فهو أكل المال بالباطل.

وإن ألفيت العامل أو المكتري[6] سارقاً، لم يفسخ لذلك سقاء ولا كراء، وليتحفظ منه، وكذلك من باع من مفلس، ولم يعلم؛ فقد لزمه البيع.

وإن فلس رب الحائط؛ لم تفسخ المساقاة، كان قد عمل العامل أم لا، ويقال للغرماء: بيعوا الحائط على أن هذا المساقى فيه.

قيل: لمَ أجزته؟ ولو أن رجلاً باع حائطه – يريد: قبل الإبار – ، واستثنى ثمرته، لم يجز هذا؟، قال: هذا[7] وجه الشأن فيه.

قال غيره: لا يجوز[8] بيعه، ويوقف، إلا أن يرضى العامل بتركه فيعجل بيعه[9].

---

(1) انظر: النوادر والزيادات: 7/309.

(2) انظر: المدونة: 8/303.

(3) انظر: المدونة: 8/296.

(4) في (ف2): (حائطاً).

(5) قوله: (إياه) ساقط من (ف2).

(6) قوله: (أو المكتري) يقابله في (ش): (والمكتري).

(7) قوله: (هذا) ساقط من (ش).

(8) في (ش): (تجوز).

(9) انظر: المدونة: 8/304، 305.

طرح سحنون قول غيره، وقال: يجوز بيعه في التفليس لعلة الضرورة[1].

وذكر أجر[2] السقي والصناع والأكرياء في كتاب التفليس.

قال في كتاب كراء الدور: وإن ساقاه سنين، فغار ماء العين؛ فللعامل أن ينفق فيها قدر حصة ربها من الثمرة في تلك السنة، لا أكثر من ذلك[3].

يريد: إن عمل، فإن غار قبل العمل فكلام غير هذا.

جامع أقضية وباقي مسائل المساقاة

[(ش: 74/ب)] وإذا اختلفا في المساقاة؛ فالقول قول العامل فيما يشبه، وإن ادعى أحدهما فساداً؛ فالقول قول مدعي الصحة.

وإذا وكلته على دفع نخلك مساقاة فقال: دفعتها إلى هذا الرجل، فصدقه الرجل وأكذبته أنت، فالقول قوله، كوكيل البيع يقول: بعت، وأنت تنفي أن يكون باع، بخلاف الرسول يقول: دفعت المال، والمبعوث إليه يكذبه، وهذا لم يكذبه المبتاع[4].

ويجوز للوصي دفع حائط الأيتام[5] مساقاة، كبيعه لهم، وللمأذون دفع المساقاة، وأخذها[6].

وللمديان دفع المساقاة، ككرائه لأرضه وداره، ثم ليس للغرماء[7] فسخ ذلك، ولو ساقى أو أكرى[8] بعد قيامهم؛ فلهم فسخ ذلك.

ويجوز للمريض أن يساقي[9] نخله، كما يجوز بيعه، إلا أن يحابي فيه، فيكون ذلك

---

(1) انظر: النوادر والزيادات: 7/316.

(2) في (ش): (أجير).

(3) انظر: المدونة: 8/219.

(4) انظر: المدونة: 8/299، 300.

(5) قوله: (حائط الأيتام) يقابله في (ش): (مال اليتيم).

(6) في (ش): (أو أخذها).

(7) في (فـ2): (لغرمائه).

(8) في (ش): (اكترى).

(9) في (ش): (يسقي)

في ثلثه[1].

وكره مالك أخذك من نصراني مساقاة أو قراضاً[2]، ولست أراه حراماً، ولا بأس أن تدفع نخلك إلى نصراني مساقاة إن أمنت أن يعصره خمراً[3].

تم كتاب المساقاة بحمد الله وعونه[4]



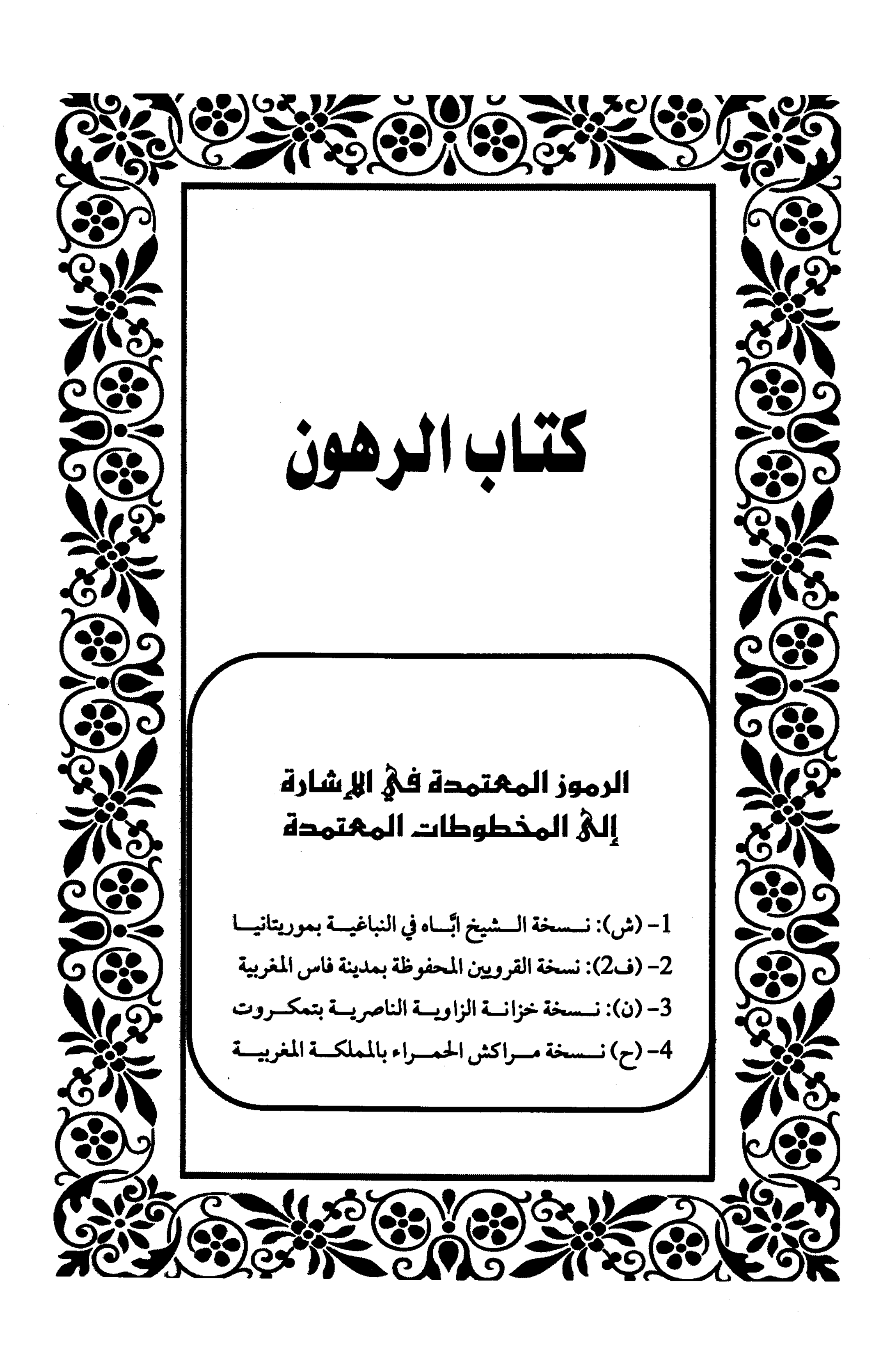
(1) انظر: المدونة: 8/302.

(2) في (ش): (إقراضاً).

(3) قوله: (يعصره خمراً) يقابله في (ش): (يعصر الخمر)، وانظر المسألة في: المدونة: 8/304.

(4) قوله (تم كتاب المساقاة بحمد الله وعونه) زيادة من (ف2).





كتاب الرهون

الرموز المعتمدة في الإشارة إلى المخطوطات المعتمدة

1- (ش): نسخة الشيخ ابّاه في النباغية بموريتانيا

2- (ف2): نسخة القرويين المحفوظة بمدينة فاس المغربية

3- (ن): نسخة خزانة الزاوية الناصرية بتمكروت

4- (ح) نسخة مراكش الحمراء بالمملكة المغربية



كتاب[1] الرهون[2] من المختلطة[3]

في[4] حيازة الرهان، وذكر ما لا يجوز ارتهانه، وما لا يجوز من الشروط في الرهان، وغير ذلك من الأقضية فيها[5]

قال الله سبحانه: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [سورة البقرة آية: 283]، فلا يتم رهن إلا بقبضه، ولا تتم الشهادة على حوزه إلا بمعاينة البينة لحوز المرتهن، أو حوز من جعلاه على يديه، ولا[6] يجزئ[7] إقرار المتراهنين[8] وللمرتهن القيام بقبضه، وإن[9] لم يقم حتى مات الراهن أو فلس؛ فهو أسوة غرمائه[10].

قال في كتاب الآبق: وإن أبق العبد الرهن من يدِ[11] المرتهن، ثم وجده الراهن،

(1) في (ح): (اختصار كتاب).

(2) قال عياض: أصل معنى الرهن اللزوم وكل شيء ملزوم فهو رهن يقال: هذا رهن لك أي محبوس دائم لك وكل شيء ثبت ودام فهو رهن ، يقال: رهنتك فأنا راهن وأنت مرتهن، بكسر الهاء ولا يقال على الشيء المرهون ولا يقال: أرهنت وأما المرتهن، بفتحها فالشيء المرهون... وسمي رهنا بالمصدر ، وقد يطلق المرتهن - بفتح الهاء أيضاً - على أخذ الرهن؛ لأنه وضع عنده الرهن، ويطلق على الراهن؛ لأنه سئل الرهن.اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة: ص2285.

(3) قوله: (من المختلطة) زيادة من (ح) و(ن).

(4) قوله: (في) ساقط من (ف2).

(5) قوله: (فيها) ساقط من (ف2).

(6) في (ف2): (لا).

(7) في (ش): (يجوز).

(8) في (ن): (المرتهنين).

(9) في (ح) و(ف2): (فإن).

(10) في (ن): (لغرمائه)، وفي (ف2): (الغرماء).

(11) في (ف2): (يدي).

فقامت الغرماء وهو بيده، فالرهن أولى به، إلا أن يعلم المرتهن بكونه بيدي[1] الراهن، فتركه حتى فلس، فقد خرج من الرهن، ولو أبق قبل أن يحوزه المرتهن؛ لدخل فيه الغرماء[2].

ومن الرهون: والمرتهن يتولى كراء الرهن بإذن الراهن ولا[3] يضره، وكذلك إن أعاره لغيره بإذنه دون أن يسلمه إليه، ثم إن هلاكه في ذلك من الراهن لإذنه فيه، ولو أسلمه[4] إلى[5] الراهن لبيعه[6]؛ انتقض الرهن، ولو كانت داراً فأكراها الراهن بأمر المرتهن؛ فذلك خروج من الرهن[7].

وقال في كتاب[8] حريم البئر: وكذلك إذا أذن المرتهن للراهن أن يسكن أو يكري؛ فقد خرجت الدار من الرهن، وإن لم يسكن ولم يكر[9].

قال أشهب: بل حتى يكريها[10].

قال[11] ابن القاسم: وكذلك لو ارتهن بئراً أو عيناً، فأذن لراهنها أن يسقي بها زرعه؛ لخرجت بذلك من الرهن[12].

وكذلك إن[13] أودع المرتهن الرهن للراهن، أو آجره منه، أو أعاره إياه، أو

---

(1) في (ح) و(ف2): (بيد).

(2) قوله: (ولو أبق... الغرماء) ساقط من (ن) و(ف2)، وانظر المسألة في: المدونة: 10/426، 427.

(3) في (ش): (فلا).

(4) في (ف2): (سلمه).

(5) زاد بعده من (ن) قوله:(أهل).

(6) في (ن) و(ف2): (ليبيعه).

(7) انظر: المدونة: 9/301، 302.

(8) قوله: (كتب) ساقط من (ن)، وفي (ش) و(ح): (كتب).

(9) انظر: المدونة: 10/446، 447.

(10) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 10/175.

(11) قوله: (قال) ساقط من (ن) و(ف2).

(12) انظر: المدونة: 10/446.

(13) في (ن): (لو).

رده[1] إليه بأي وجه، وليس له إن أعاره إياه رده في الرهن، إلا أن يعيره على ذلك، ولو شرط ذلك، ثم لم يرتجعه حتى قامت الغرماء؛ كان أسوتهم.

محمد[2]: قال ابن القاسم وأشهب: إن رده إليه بعارية أو بإجارة أو بغيرها[3]؛ خرج من الرهن، وله أن يرده في الرهن ما لم يقم[4] غرماء الراهن.

قال ابن القاسم: إلا في العارية، [(ش: 75/أ)] فليس له رده إلا أن يكون أعاره على ذلك.

و[5] قال أشهب: له رده في الإجارة والعارية سواء، ما لم يقم غرماء الراهن بموت أو فلس، أو يحدث في الرهن بيع[6] أو تدبير أو حبس[7].

قال ابن ميسر: إن دبره رجع المدبر رهناً.

ومن غير كتاب ابن المواز: قال ابن الماجشون: إن ارتهن رهناً إلى مدة، ثم اكتراه، ثم فلس ربه؛ كان أحق به، ولو اكتراه أولاً إلى مدة، ثم ارتهنه قبل المدة، ثم فلس لم يكن أحق به؛ لأنه لم يحزه بالرهن، وحوز الكراء[8] كان أملك به[9]، ورأيت مثله لابن القاسم عن مالك في كتاب[10] ابن المواز، وكذلك في المساقى يرتهن الحائط.

قال محمد: لا يكري المرتهن الرهن إلا بإذن الراهن، إلا أن يكون على ذلك ارتهنه[11].

---

(1) في (ش) و(ح): (رد).

(2) في (ن): (ابن المواز).

(3) في (ن): (غيرها).

(4) في (ح): (تقم).

(5) قوله: (و) ساقط من (ش).

(6) في (ن): (بيعا).

(7) في (ن): (حبسا)، وانظر المسألة في: النوادر والزيادات: 10/162.

(8) في (ن): (المكتري).

(9) انظر: التبصرة، للخمي، ص: 5724، 5725.

(10) في (ش) و(ح): (كتب).

(11) انظر: النوادر والزيادات: 10/174.

وقال سحنون في المجموعة: إن مذهب ابن القاسم أنه يرهنه ما آجره واكتراه يكون ذلك حوزاً[1].

قال أشهب: أو يشترط أن كراءه رهناً مع رقبته[2].

وروى ابن عبد الحكم: أن له أن يكريه[3] دون صاحبه[4].

قال ابن القاسم في المدونة: وإن رهنك أرضاً فزرعها بإذنك وهي بيدك[5] خرجت من الرهن، وكذلك الدار يسكنها والعبد يختدمه[6] بإذنك[7].

ومن أحاط الدين بماله، فرهنك رهناً؛ فذلك كقضاء الدين، وأنت أحق به من الغرماء إن قاموا بعد قبضك االرهن[8]، وإن قاموا بقرب ذلك وعلى هذا جماعة[9] الناس، ولمالك قول آخر: أنك أسوتهم فيه، ولا أقوله[10].

وكذلك لو رهنك ذلك بجناية تكون في ماله؛ لكنت أحق به، ولا حجة لغرمائه أنه ليس من مبايعة[11]، وأنه من أموالنا، إذ لو لم يرهنك لحاصصتهم في ماله.

ولا بأس برهن المشاع من ربع أو حيوان أو عرض، وقبضه[12] أن يحوزه دون صاحبه.

قال: والحوز في ارتهان نصف ما يملك الراهن جميعه من عبد أو دابة أو ثوب

---

(1) قوله: (وقال سحنون في المجموعة:... يكون ذلك حوزاً) زيادة من (ن)، وانظر المسألة في: النوادر والزيادات: 10/165.

(2) انظر: النوادر والزيادات: 10/169.

(3) في (ف2): (يكريهم).

(4) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 10/175.

(5) في (ش) و(ح): (بيدي).

(6) في (ش): (يخدمه).

(7) انظر: المدونة: 9/301.

(8) في (ش) و(ح): (الرهون).

(9) في (ش): (جميع).

(10) انظر: المدونة: 9/262، 263.

(11) في (ح): (مبايعه).

(12) في (ش): (وقبضته)، والمثبت موافق لما في المدونة.

قبض جميعه[1].

أشهب: وكذلك كل ما يزال[2] به بخلاف الدار وشبهها[3] كان النصف الآخر للراهن أو لغيره[4].

قال ابن القاسم: وإن كان النصف الآخر من هذه الأشياء لغيره؛ فإن المرتهن يقبض حصة الراهن ويحل[5] محله، ولا بأس أن يضعاه على يدي الشريك[6].

وكذلك الدار المشتركة إن حل المرتهن محل الراهن فيها[7]، فتلك حيازة، ويليه ويكريه.

ولو كان مما ينقسم من طعام[8] ونحوه[9] فحوز جميعه حوز، فإن شاء الشريك البيع؛ قاسمه ذلك الراهن[10]، وهو في يدي[11] المرتهن، فإن غاب الراهن؛ أقام الإمام من يقسم له، ثم تبقى حصة الراهن بيد المرتهن رهناً، ويطبع على ما لا يُعرف بعينه[12].

قال محمد: إذا كان النصف لغيره، وكان مما لا ينقسم؛ فلا يجوز أن يرهن[13] حصته منه إلا بإذن شريكه[14].

---

(1) انظر: المدونة: 9/243.

(2) في (ش): (يوالي).

(3) في (ش) و(ح): (وشبهه).

(4) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 10/168، 169.

(5) في (ن) و(ف2): (فيحل).

(6) انظر: المدونة: 9/243، 244.

(7) قوله: (فيها) زيادة من (ف2).

(8) في (ش) و(ن): (الطعام).

(9) في (ف2): (أو نحوه).

(10) في (ش) و(ح): (الرهن).

(11) في (ف2): (يد).

(12) انظر: المدونة: 9/247، 248.

(13) في (ن) و(ف2): (يرتهن).

(14) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 10/168.

قال محمد: وإن شاء الشريك بيع حصته فيما لا ينقسم، فليس ذلك له حتى يحل الأجل؛ لأنه قد أذن في إسلامه إلى الأجل، ولو رهن[1] من[2] رجل مالاً ينقسم، فاستحق نصفه وشاء المستحق البيع؛ بيع كله وتعجل المرتهن حقه أن يبيع[3] الرهن بمثل الدين سواء، فإن[4] بيع بخلافه أرجئ[5] إلى تمام الأجل مطبوع عليه إن كان عيناً[6].

قال ابن القاسم في المدونة: ولو رهن[7] حصته من دار، ثم اكترى حصة شريكه؛ [(ش: 75/ب)] بطل حوز الرهن[8]، ولا أمنع الشريك ذلك، ولكن[9] تقسم الدار، فيحوز المرتهن رهنه، ويكري الشريك حصته[10].

وإذا رهنك بدين رهناً، ثم استقرضك[11] على ذلك الرهن؛ جاز وكان بالدينين رهناً.

ولو أقرضته مائة برهن، ثم استقرضك مائة أخرى، ففعلت على أن يرهنك رهناً آخر بالمائتين لم يجز؛ لأنك انتفعت بسلفك[12] أخرى بزيادة وثيقة في المائة الأولى، وكذلك لو كانت المائة الأولى بغير رهن، قال: فإن نزل ذلك وقامت الغرماء في فلس أو موت، فالرهن الثاني رهن بالدين الآخر خاصة.

---

(1) في (ن): (ارتهن)، وفي (ف2): (رهنه).
(2) قوله: (من) ساقط من (ف2).
(3) قوله: (أن يبيع) يقابله في (ح)، و(ف2): (إن بيع).
(4) في (ن): (وإن).
(5) في (ش) و(ح): (أرخى).
(6) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 170/10.
(7) في (ف2): (رهنه).
(8) في (ش) و(ح): (للرهن).
(9) قوله: (لكن) زيادة من (ن).
(10) انظر: المدونة: 243/9.
(11) في (ش): (استقرض).
(12) في (ن): (لسلفك مائة).

محمد: هذا إذا كان الدين الأول إلى أجل.

قال[1] محمد[2]: وإن كان الدين مؤجلاً على رجل؛ لم يجز أن تسلفه مالاً آخر[3] على أن يرهنك بالدينين رهناً، ولا يعطيك بهما ضامناً[4].

وإن كان الدين الأول حالاً؛ فذلك جائز، إلا[5] أن يكون عديماً فلا يجوز.

قال محمد: ويجوز عندي وإن كان عديماً إذا كان الرهن له، ما لم يكن[6] عليه دين أحاط به[7].

ومن لك عليه دين حال، فسألك أن تؤخره به[8] بحميل أو برهن؛ فذلك جائز، إلا أن يكون عليه دين يحيط به[9] فلا يجوز في الرهن، ويجوز في الحميل ما لم يبعد أجل التأخير إلى وقت يرجى له اليسر قبله[10].

قال في المدونة -ولم يقره يحيى[11]-: ومن ارتهن بدين له على رجل ديناً للراهن على المرتهن، أو على أجنبي؛ فذلك جائز ويعطيه ذكر حقه على الأجنبي، فإن[12] لم يكن بكتاب؛ أجزأه الإشهاد في[13] حوز ذلك، ويجمع بينهما إن كان حاضراً.

---

(1) قوله: (قال) ساقط من (ن) و(ف2).

(2) قوله: (محمد) ساقط من (ح).

(3) في (ن): (أخرى).

(4) انظر: النوادر والزيادات لابن أبي زيد: 10/177، 178.

(5) في (ش) و(ح): (وإلا).

(6) في (ن): (أخرى).

(7) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 10/128.

(8) قوله: (به) ساقط من (ش).

(9) في (ن): (بماله).

(10) قوله: (قال محمد: وإن كان الدين...قبله) جاء متأخراً بعد قوله: (إذ هو مبدأ قبل غيره) وسيأتي بعد قليل.

(11) قوله: (ولم يقره يحيى) يقابله في (ن): (ولم يقرأه يحيى)، ولكنها جاءت بعد قوله: (ويجمع بينهما إن كان حاضراً).

(12) في (ن): (وإن).

(13) قوله: (في) غير مقروء في (ش).

وإذا أخذت رهناً يغاب عليه بثمن بيع بعته أو قرض عين أو عرض أو حيوان أو طعام، فهلك الرهن وقامت عليك الغرماء، فعلى غريمك غرم دينك، وله[1] محاصة غرمائك بقيمة رهنه[2]، ولا يكون دينك عليه رهناً[3] له بذلك، ولا له المقاصة به؛ لأنك لم ترهنه إياه، وكذلك إن أسلفته مالاً، ثم ابتعت منه سلعة، ثم قامت الغرماء على أحدكما؛ فلا يكون ما في ذمته[4] له رهناً بما في ذمة الآخر، ولكنه يغرم ويحاص[5].

قال[6] أشهب في مسألة الرهن هو أولى بما عليه حتى يستوفي قيمة[7] رهنه[8].

قال سحنون: قول ابن القاسم أحسن[9].

قال ابن القاسم: وإذا رهنك فضلة رهن له عند غيرك، فإن رضي المرتهن الأول؛ جاز وتم الحوز للثاني[10] وبدِّينا الأول عليه، وإن لم يرض الأول؛ لم يجز[11].

قال أصبغ: لا يحتاج إلى رضاه، ولكن إذا علم جاز، وإن كره؛ لأن بعلمه يتم[12] الحوز للثاني[13]، ولا حجة له إذ لا مضرة عليه، إذ هو مبدأ قبل غيره[14].

---

(1) في (ف2): (له و).

(2) في (ش) و(ح): (رهنك).

(3) في (ش) و(ح) و(ن): (ورهناً).

(4) قوله: (دينك عليه ورهنا... يكون ما في ذمته) زيادة من (ن) و(ف2).

(5) انظر: المدونة: 9/282، 283.

(6) في (ن): (وقال).

(7) قوله: (قيمة) ساقط من (ش) و(ف2).

(8) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 10/192.

(9) انظر: المدونة: 9/306.

(10) قوله: (الحوز للثاني) يقابله في (ف2): (حوز الرهن الثاني).

(11) انظر: المدونة: 9/268.

(12) في (ح): (تم).

(13) في (ن) و(ف2): (الثاني).

(14) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 10/179.

قال ابن القاسم: وإن ارتهن رجلان رهناً[1]، فرضيا ورضي الراهن كونه بيد أحدهما؛ فهو حوز، فإن هلك ضمن هذا حصته، ولا يضمن الآخر شيئاً، وإن لم يجعله ربه بيد أحدهما؛ جعلاه حيث شاءا، وكانا له ضامنين[2].

ولو رضي معهما بكونه بيد عدل؛ لم يضمناه إن هلك بيد العدل.

ولو كان لرجلين دين مفترق[3] على رجل لهذا مال ولهذا طعام، أو لهذا قرض، ولهذا[4] سلم؛ جاز أن يأخذا بدينهما رهناً، إلا أن يبيعه أحدهما على أن يقرضه الآخر ويأخذا رهناً؛ فذلك سلف جر منفعة، وأما إن وجب الدين من بيع ومن قرض بغير هذا الشرط[5]؛ فذلك جائز.

قيل: فإن قضى أحدهما دينه، هل له -أي الراهن[6]- أخذ حصته من الرهن؟.

قال[7]: قال مالك في رجلين رهنا [(ش: 76/أ)] داراً لهما في دين فقضى أحدهما حصته من الدين[8]: فإن له أخذ[9] حصته من الدار[10]، فكذلك مسألتك، إلا أن في

---

(1) في (ش) و(ح) و(ف2): (هنا).

(2) انظر: المدونة: 9/ 301، 302.

(3) في (ش): (معترق)، وفي (ن): (مفترقا)، والمثبت موافق لما في المدونة.

(4) في (ن) و(ف2): (وهذا).

(5) قوله: (الشرط) ساقط من (ن).

(6) قوله: (أي الراهن) ساقط من (ف2).

(7) قوله: (قال) زيادة من (ن) و(ف2).

(8) في (ف2): (الدار)، والمثبت موافق لما في المدونة.

(9) قوله: (حصته من الدين: فإن له أخذ) ساقط من (ف2).

(10) قال عياض: وقوله: (في الرجلين يرهنان داراً من رجل فيقضي أحدهما أيكون له أن يأخذ حصته من الرهن قال ذلك له). خرج منها بعض الشيوخ جواز حوز الجزء المشاع مع الراهن المالك لنفسه. ومذهب الكتاب، ومشهور المذهب أن حوزه لا يكون إلا بأن يحوز المرتهن جميعه أو يجعلاه على يد غيرهما. وقيل: يجوز إذا حل في الجزء المشاع محل صاحبه، وكانت يده... عليه كيده. وقيل: إنما يصح ذلك فيما لا ينتقل به من الرباع، فأما ما ينتقل به فلا يصح وضع أيديهما عليه. وعندي أنه لا حجة للقائل من هذه المسألة، ولا تخريج لهذا القول منها؛ لأنه لم يقل إن بقاءه بعد بيده لا يبطل الرهن، وإنما تكلم على خروجه بذلك من الرهن، لعله ليبيعه فينتفع بثمنه، ولعل صاحبه - حينئذ -

مسألتك إن كَتَبَا دينهما في كتاب واحد، وكان دينهما واحداً؛ فليس لأحدهما أن يقبض شيئاً دون صاحبه، وإن كان دينهما مفترقاً؛ فلا يدخل أحدهما فيما اقتضى الآخر.

وكذلك إن كان دينهما في[1] صنفين مختلفين لهذا دنانير، ولهذا[2] طعام كَتَبَا الصنفين في كتاب واحد أم لا، وإنما الذي ليس لأحدهما أن يقبض[3] دون الآخر، أن يكتبا كتاباً بينهما بشيء واحد يكون[4] ذلك الشيء بينهما، أو يكون الرهن لهما في شيء واحد، وإن لم يكتبا[5] به[6] كتاباً، مثل أن تكون دنانير كلها أو طعاماً كله[7]، أو نوعاً واحداً، فليس لواحد منهما[8] أن يقبض دون صاحبه، ولو أقرضاه معاً، وشرطا[9] أن يرهنهما[10]؛ فذلك جائز بكتاب واحد أم[11] بغير كتاب[12].

ولا ترهن الدنانير والدراهم والفلوس، وما لا يعرف بعينه من طعام أوإدام[13]، وما يكال أو يوزن، إلا أن يطبع على ذلك ليمنع[14] من النفع به، ورد مثله، وأما الحلي

=

يقول له: انظر في تجويز ذلك لي أو نضع الجميع على يد غيرنا؛ إذ خرج من رهنك، وأخشى بقاءه في يدك يبطل رهني.اهـ ، انظر: التنبيهات المستنبطة: ص 2311، 2312.

(1)قوله: (في) زيادة من (ش).

(2) في (ف2): (وهذا).

(3) في (ف2): (يقبضه).

(4) في (ف2): (فيكون).

(5) في (ن): (يكتتبا).

(6) قوله: (به) ساقط من (ف2).

(7) في (ش): (كلها)، وقوله: (طعاما كلها) يقابله في (ن): (طعام كله).

(8) قوله: (منهما) ساقط من (ش) و(ف2).

(9) في (ش) و(ح): (وشرطاه).

(10) في (ش) و(ح): (يرهنها).

(11) في (ن): (أو).

(12) انظر: المدونة: 302/9، 303.

(13) في (ش) و(ح)، (ن): (و إدام).

(14) في (ش) و(ح): (ليمتنع).

فلا يطبع عليه[1] حذر اللبس، كما لا يفعل ذلك في سائر العروض وغيرها، إذ ذاك يعرف بعينه فلا تزال عينه[2].

وإذا كان الرهن بسلف[3]؛ لم يجز شرط النفع به عندما أقرضه أو بعد ذلك، وأما في البيع يرهنه عرضاً أو ربعاً أو حيواناً، ويشترط في أصل البيع النفع بذلك أجلاً مسمى، فذلك جائز، وكرهه مالك في الحيوان والثياب[4]، إذ لا يدرى كيف ترجع[5] إليه؟، وأنا لا أرى به بأساً كالإجارة، وهذا[6] إجارة[7] وبيع[8].

ولا بأس برهن المصحف ولا يقرأ فيه، وإن أباحه له بعد السلف أو في أصله؛ فذلك سواء، وكذلك لو رهنه إياه من بيع يريد[9] بعد العقد[10].

قال أشهب: أما في أصل البيع فجائز بأجل، وأما بعد العقدة فلا يجوز.

وذكر ابن المواز أنه لا تجوز إجارة المصحف في كتاب الإجارة[11]، وقاله يحيى وابن طالب[12].

وقال[13] ابن القاسم في كتاب الإجارات: تجوز إجارته كما يجوز[14] بيعه[15].

---

(1) في (ش): (عليها).
(2) انظر: المدونة: 9/277.
(3) في (ف2): (لسلف).
(4) في (ن): (أو الثياب).
(5) في (ح): (يرجع).
(6) في (ف2): (وهذه).
(7) قوله: (وهذا إجارة) غير مقروء في (ش).
(8) انظر: المدونة: 9/275، 276.
(9) في (ن): (أو).
(10) قوله: (يريد بعد العقد) ساقط من (ن) و(ف2)، وانظر المسألة في: المدونة: 9/278.
(11) قوله: (في كتاب الإجارة) زيادة من (ف2)، وانظر المسألة في: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 10/223.
(12) قوله: (وقاله يحيى وابن طالب) ساقط من (ن)، و(ف2).
(13) في (ن): (قال).
(14) في (ن): (جاز).
(15) انظر: المدونة: 8/56.

قال[1]: ولا بأس بارتهان ما لا يجوز بيعه في وقت، وقد يجوز بيعه بعد ذلك مثل زرع[2] أو ثمر لم يبد صلاحه، ويحوز ذلك المرتهن أو عدل يرضيان به ويتولى من يحوزه سقيه[3] وعمله بمال[4] الراهن، فإن ارتهنت ذلك منه، ثم مات الراهن ولم يبد صلاح الزرع أو الثمر؛ حل الدين الذي لك عليه بموته، وتعجلت دينك من ماله، وسلمت الرهن لورثته، وإن لم يدع مالاً؛ انتظرت أن يحل بيع ما ذكرنا، فيباع وتأخذ دينك من ثمنه[5].

ولو فلس الراهن أو مات فقام غرماؤه؛ حاصصتهم بجميع دينك، ثم إذا بيع الزرع أو الثمر بعد طيبه، فإن كان[6] ثمنه كفافاً لدينك؛ قبضته ورددت ما أخذت في الحصاص، وإن فاق[7] ثمنه عن[8] دينك؛ رددت الفضلة أيضاً[9]، فيتحاص[10] الغرماء فيما رددت، فإن قصر ثمنه عن دينك؛ نظرت ما نقص ثمنه عن دينك، فعلمنا[11] أن المحاصة إنما كانت تجب لك بذلك[12].

فإن كان كل غريم قد صار له ربع دينه في الحصاص؛ أخذت أنت[13] من المال الذي وقع لك أولاً في الحصاص، مثل ربع ما نقص ثمن[14] الزرع عن دينك، وإن

---

(1) قوله: (وقاله يحيى وابن طالب... تجوز إجارته كما يجوز بيعه، هـ.قال) ساقط من (ف2).

(2) في (ن): (الزرع).

(3) قوله: (يحوزه سقيه) يقابله في (ش) و(ن): (يجوز له كسقيه)، وفي (ف2): (يجوز سقيه).

(4) قوله: (بمال) ساقط من (ن).

(5) انظر: المدونة: 9/248 و 288.

(6) قوله: (فإن كان) يقابله في (ف2): (فكان).

(7) في (ن) و(ف2): (ناف).

(8) في (ف2): (على).

(9) قوله: (أيضاً) ساقط من (ف2).

(10) في (ش) و(ح): (فتحاص)، وفي (ن): (فيحاص).

(11) في (ش) و(ح): (فعلها).

(12) انظر: المدونة: 9/288، 289.

(13) قوله: (أنت) ساقط من (ن).

(14) في (ش) و(ح): (ثم).

ثلث فثلث، ورددت البقية، فتتحاص فيها أنت وسائر الغرماء بما بقي لكم، وهذا مذكور في التفليس.

ولا يتم الحوز في رهن الثمرة إلا بقبض النخل، أو بقبض[1] الأرض في ارتهان الزرع، ثم لا يكون رهناً في قيام الغرماء [(ش: 76/ب)] إلا الثمر أو الزرع خاصة.

ولا يجوز رهن جلود الميتة، وإن دبغت إذ لا يحل بيعها أبداً، ولا بأس برهن[2] جلود السباع المذكاة وبيعها[3] وإن لم تدبغ.

ومن ارتهن عصيراً فصار خمراً رفعها[4] إلى الإمام لتراق[5] بأمره، وكذلك الوصي يجد خمراً في التركة خوفاً أن يتعقب بأمر[6]، ولا يرتهن[7] من الذمي خمراً ولا خنزيراً[8].

ومن كتاب الصلح: ولا يجوز ارتهان حمل الأمة.

وفرق أهل العلم بين ارتهانه، وبين ارتهان ثمرة لم يبد صلاحها، ولم يجيزوا[9] ارتهان الأجنة[10].

وأما إن كان[11] له خدمة عبد أو سكنى دار أو منحة لبن فرهن ذلك جائز[12].

---

(1) في (ش) و(ح): (يقبض).

(2) في (ف2): (ببيع).

(3) في (ن): (أو بيعها)، وفي (ف2): (ورهنها).

(4) في (ن): (أرفعها).

(5) في (ف2): (لتمراق).

(6) في (ش) و(ح): (بأمره)، وانظر المسألة في: المدونة: 9/296.

(7) في (ن): (ولا ترتهن).

(8) انظر: المدونة: 9/278.

(9) في (ش) و(ح): (يجوز).

(10) في (ش) و(ح): (الأجنبية).

(11) في (ف2): (كانت).

(12) انظر: المدونة: 7/422.

ومن كتاب الرهن: ولا بأس أن تستعير سلعة لترهنها[1]، ويقضى للمرتهن ببيعها إن لم يؤدِ الغريم، ويتبع المعير المستعير بقيمتها[2].

وقال أشهب: ليس على المستعير إذا بيعت إلا ما أدى عنه من ثمنها، ولو أمر السلطان[3] ببيعها فبيعت، وقضى الدين من ثمنها، وبقيت فضلة، فأوقفها فضاعت، فذلك من ربها، وليس على المستعير إلا ما قضى عنه من ثمنها[4].

قال يحيى: وكلام أشهب أحب إلي[5].

قال ابن القاسم: ولو هلكت وهي مما يغاب عليه؛ لاتبع المعير المستعير بقيمتها ما بلغت[6]، وإن كان مما لا يغاب عليه؛ فلا ضمان على المرتهن ولا على المستعير[7].

وإن أعرته عبداً ليرهنه في دراهم، فرهنه في طعام؛ فهو ضامن له بتعديه[8].

قال أشهب: لا ضمان عليه في العبد، ويكون رهناً في عدد الدراهم التي رضي بها[9] السيد[10].

ولا يجوز للمقارض الشراء بالدين على القراض، فإن اشترى بجميع المال عبداً، ثم اشترى عبداً ثانياً، فرهن فيه الأول؛ لم يجز ذلك.

---

(1) في (ن) و(ف2): (ليرهنها).

(2) انظر: المدونة: 9/292 و293.

(3) زاد بعده من (ش) و(ح) و(ف2) قوله: (أن).

(4) انظر: النوادر والزيادات: 10/196، 197.

(5) انظر: التنبيهات المستنبطة، لعياض، ص: 2308، ونصه: (قال يحيى: وهذا أصوَب وهو بمعنى رواية بثمنها وهو قول أَشْهَب).

(6) قوله: (ما بلغت) ساقط من (ن).

(7) انظر: المدونة: 9/293.

(8) انظر: المدونة: 9/298.

(9) في (ش) و(ح): (به).

(10) انظر: الشرح الصغير: ص 1395.

قال[1] أشهب: إن[2] اشترى الثاني لنفسه، فلا رهن للمرتهن في العبد الأول، وله أن يطلبه برهن سواه إلا أن يعلم أن العبد الأول ليس له؛ فلا رهن عليه له، وإن[3] ابتاعه للقراض فرب المال يخير[4]، وإن أجازه كان رهناً، وإن رده فلا رهن للمرتهن فيه[5].

ولا يرهن أجنبي رهناً عن مكاتب بكتابته، كما لا يجوز[6] حمالته بها، والرهن بها من المكاتب جائز، وإن خاف العجز؛ جاز أن يرهن أم ولده، فأما ولده فلا، وذلك كالبيع[7].

يريد من دخل في الكتابة معه فأما إن اشتراهم بغير إذن السيد فله رهنهم أو بيعهم إن خاف العجز[8].

ومن رهن[9] رهناً على أنه إن مضت سنة خرج من الرهن؛ لم يجز ذلك، ولا أراه رهناً.

محمد: وإن[10] مات أو فلس دخل فيه الغرماء.

وإن أقرضته قرضاً، ورهنك به رهناً على أنه إن لم يفتكه إلى سنة، فالرهن لك بدينك.

قال مالك: فلا يجوز ذلك وينقض[11] هذا الرهن، ولا يقر يريد ويصير السلف

---

(1) في (ن): (وقال).

(2) في (ن): (وإن).

(3) في (ن): (فإن).

(4) في (ف2): (وخير).

(5) انظر: النوادر والزيادات: 240/10.

(6) في (ن) و(ف2): (تجوز).

(7) انظر: المدونة: 290/9.

(8) قوله: (يريد من دخل في الكتابة ... بيعهم إن خاف العجز): زيادة من (ف2).

(9) في (ن) و(ف2): (ارتهن).

(10) في (ن) و(ف2): (فإن).

(11) في (ش) و(ح): (وينتقض).

حالاً، ولا ينتظر به السنة، والمرتهن أحق بالرهن حتى يأخذ حقه[1].

مالك: ولو حلت السنة؛ لم يتم لك ملك الرهن بما شرطت فيه وترده، -وتأخذ دينك يريد يفسخ في القرض شرطه قبل الأجل ويصير الدين حالاً[2]- وكذلك لو كان أصل الدين من بيع.

قال ابن القاسم: إلا أنه ما لم يدفع إليك دينك، فأنت بالرهن أحق من الغرماء حتى تقبض دينك، وإن حل الأجل، وقد كان الرهن بيدك أو بيد [(ش: 77/أ)] أمين، فقبضته أنت إلا أن يشترطك[3] ذلك، فهو يرد إن لم يفت، فإن فات بيدك بما يفوت به البيع الفاسد من حوالة سوق[4]، أو تغير بدن في عرض أو حيوان أو البناء أو الهدم في الدور، فقد لزمك بقيمة يوم حل الأجل؛ لأنه بيع فاسد وقع يوم حل الأجل، وأنت للسلعة يومئذ قابض[5].

وإن تكفلت عن رجل بدين؛ جاز أن تأخذ[6] به منه رهناً، ولو دفعت إلى رجل رهناً؛ فكل ما أقرض فلاناً كان لازماً.

والرهن في دم الخطإ لازم إن علم الراهن أن الدية على العاقلة، ولو ظن أنها تلزمه وحده؛ فله رد الرهن، وكذلك الكفالة فيه، ولا يجوز رهن بعارية الحيوان وما لا يغاب عليه، إذ[7] لا يضمن تلك العارية، وإن فعل فهلك الرهن بيد المرتهن؛ فهو منه، إذ لم يأخذه على الأمانة، والرهن بالعارية التي يغاب عليها جائز[8].

وإن آجرت من رجل عبده، وأعطيته بالإجارة رهناً؛ فذلك جائز.

---

(1) انظر: المدونة: 9/280.

(2) قوله: (يريد يفسخ في الفرض شرطه قبل الأجل ويصير الدين حالا) زيادة من (ف2).

(3) قوله: (إلا أن يشترطك) يقابله في (ح): (الآن يشرطك).

(4) في (ن): (أسواق).

(5) انظر: المدونة: 9/280، 281.

(6) في (ن): (تأخذه).

(7) في (ش) و(ح): (له).

(8) انظر: المدونة: 9/251، 252.

يريد: رهناً بما يجب رده من الإجارة أو موت العبد قبل الأجل[1].

ولا بأس أن يرهن زوجته رهناً قبل البناء بجميع الصداق، يريد مالك[2]؛ لأن العقد يوجب لها الصداق كله، على حسب ما كانت نكاحات الناس في عصر مالك فإنها كانت على النقود، ثم صار المعهود في نكاحهم أن يكون فيه نقد ومؤخر إلى بعد البناء، فيصير النقد في هذا يوجب لها الصداق، إلا أن منه معجل ومنه مؤخر لا تقبضه إلا بعد البناء، إلا أن يطلقها قبل البناء؛ لأن العقد يوجب لها الصداق[3] إلا أن يطلق قبل البناء، فإن طلق قبل البناء؛ فليس له أخذ نصف الرهن، والرهن أجمع رهن بنصف الصداق، كمن[4] قضى بعض الدين، أو وُهِب له، فالرهن رهن[5] بما بقي، وإن هلك وهو مما يغاب عليه؛ فالمرتهن ضامن لجميعه[6].

ولو رهنه[7] عبدين، فقتل أحدهما صاحبه؛ فالباقي رهن بجميع الدين.

جامع[8] ما يدخل في الرهن من ولد أو غلة، والقضاء في النفقة على الرهن، ومن شرط قبض غلة الرهن في دينه

والقضاء أن من رهن أمة حاملاً أن ما في بطنها، وما تلد بعد ذلك رهن معها، وكذلك نتاج الحيوان كله.

ومن ارتهن نخلاً لم يدخل في الرهن ما فيها من ثمر أبر أو لم يؤبر أزهى أو لم يزه،

---

(1) قوله: (يريد: رهناً ... قبل الأجل) زيادة من (ف2).

(2) قوله: (يريد مالك) زيادة من (ن).

(3) قوله: (على حسب ما كانت... يوجب لها الصداق) زيادة من (ن).

(4) في (ش) و(ح): (كفن).

(5) قوله: (رهن) زيادة من (ن) و(ف2).

(6) انظر: المدونة: 262/9.

(7) في (ن): (وهبه).

(8) قوله: (جامع) زيادة من (ن).

ولا[1] ما يثمر بعد ذلك إلا أن يشترط ذلك بخلاف الولادة، وولد الأمة بخلاف ما يثمر[2] الأصول، إذ لا يجوز استثناء الولد الحمل في البيع، وذلك في مأبور الثمر جائز بالسنة[3].

وكذلك غلة العبد الرهن وغلة الدار[4] لا يكون رهناً[5] معها، إلا أن يشترط، وكذلك صوف الغنم وألبانها إلا صوف كمل نباته يوم الرهن، فإنه[6] رهن معها.

وقال أشهب: لا يدخل في الرهن وإن كمل[7].

ومن كتاب[8] حريم البئر: ولو رهنه رهناً على أن يستوفي ما استغل من غلة الرهن في دينه، فإن كان الدين من قرض أو كان من بيع، إلا أن ذلك الشرط بعد عقدة البيع فجائز، وإن عقد البيع على هذا لم يجز، إذ لا يدري بما يكري ذلك، وهل يكريه أم لا؟، وقد يمنع من الكراء حادث من هدم وغيره[9]، فذلك أجل مجهول في قبض الثمن[10].

ومن كتاب [(ش: 77/ب)] الرهن: ولا يكون مال العبد الرهن رهناً إلا أن

---

(1) قوله: (لا) ساقط من (ن).

(2) في (ن): (تثمر إذ).

(3) انظر: المدونة: 9/249.

والحديث متفق عليه: أخرجه البخاري: 2/768، في باب من باع نخلا قد أبرت أو أرضا مزروعة أو بإجارة، من كتاب البيوع، برقم(2090) ومسلم: 3/1172، في باب من باع نخلا عليها ثمر، من كتاب البيوع، برقم(1543) ومالك: 2/617، في باب ما جاء في ثمر المال يباع أصله، من كتاب البيوع، برقم(1279).

(4) في (ن): (الدور).

(5) قوله: (يكون رهناً) يقابله في (ش) و(ح): (تكون رهنها).

(6) في (ش) و(ح): (فإنها)، وفي (ف2): (فذلك).

(7) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 10/180.

(8) قوله: (كتاب) ساقط من (ف2).

(9) قوله: (أو غيره) يقابله في (ن): (ونحوه).

(10) انظر: المدونة: 10/446.

يشترطه، كالبيع فيدخل في البيع أو[1] الرهن، كان ماله معقولاً أو مجهولاً، قال:[2] ما وهب للعبد الرهن[3]، فليس برهن، وهو كماله[4] موقوف بيده، إلا أن ينزعه سيده[5].

وإن ماتت الأمة[6] الرهن بعد أن ولدت؛ كان ولدها بجميع الدين[7] رهناً.

وإن رهنه أرضاً ذات نخل لم يسمها، أو رهنه النخل ولم يذكر الأرض؛ فذلك موجب لكون الأرض والنخل رهناً، وكذلك في الوصية والبيع ونفقة العبد الرهن أو الدابة على الراهن، وعليه سقي النخل، وكفن[8] العبد إن مات ودفنه.

وإن أنفق المرتهن على الرهن[9] بأمر ربه أو بغير أمره؛ رجع بما أنفق على الراهن، ولا يكون الرهن بذلك رهناً، وإن أمره ولا له حبسه بذلك، ولو قال له: أنفق على أن نفقتك في الرهن؛ فله حبسه بها، إلا أن يقوم الغرماء، فلا يكون أحق منهم إلا بقدر الدين في الرهن حتى يقول له: أنفق، والرهن بما أنفقت رهناً فيكون أحق به في الدين والنفقة[10].

---

(1) في (ش): (و).

(2) قوله: (قال:) يقابله في (ف2): (و).

(3) قوله: (للعبد الرهن) يقابله في (ف2): (له).

(4) في (ش) و(ح): (كفاله).

(5) انظر: المدونة: 9/299.

(6) قوله: (الأمة) زيادة من (ف2).

(7) في (ن): (الرهن).

(8) في (ش) و(ح): (أو كفن).

(9) في (ش) و(ح) و(ن): (الراهن)، والمثبت موافق لما في المدونة: 9/269.

(10) قال عياض: ومسألة نفقة الرهن وقع فيها في الكتاب منها اختلاف في التأويل من الشارحين؛ لأنه قال: (إن نفقة المرتهن سلف ولا تكون في الرهن، إلا أن يقول له: أنفق على أن نفقتك في الرهن، فإن قال له ذلك، رأيتها في الرهن، ثم قال بعد ذلك: إلا أن يكون له غرماء فلا أراه أحق بفضلها لأجل نفقته، إلا أن يكون اشترط أن نفقة الرهن بها رهن أيضاً). فبعضهم حمل الكلام على وجه، وأنه لا يكون رهناً في النفقة حتى ينص له على ذلك، ولا ينفعه أن يقول له: على أن النفقة في الرهن؛ إذ معنى هذا يأخذها من الرهن لا أن الرهن بها رهن، بخلاف إذا نص عليه، وهو ظاهر كلامه في

وأما المنفق على الضالة، فهو أحق بها من الغرماء حتى يستوفي نفقته، إذ لا يقدر على صاحبها، فلا بد من النفقة عليها، والرهن يأخذ راهنه بنفقته[1]، فإن غاب رفع إلى الإمام[2].

قال أشهب: إن النفقة على الرهن كالنفقة على الضالة وتكون[3] فيه مبداة[4].

قال ابن القاسم: وإن ارتهن نخلاً ببئرها، أو زرعاً أخضر ببئره، فانهارت، فأبى الراهن أن يصلح، فأصلحها المرتهن لخوف هلاك الزرع أو الثمر[5]، فلا رجوع له بما أنفق على[6] الراهن، ولكن يكون له ذلك في الزرع والنخل، إذا أنفق[7] خوفاً أن يهلك، يبدى[8] فيه بنفقته، فما فضل كان في دينه، كالمساقي أو مكتري الأرض للزرع سنين[9] ينفق في مثل ذلك، فليس لهم[10] ما زاد على كراء تلك السنة خاصة في الكراء،

= الكتاب، وإليه ذهب ابن شَبْلون، وقيل: بل لا فرق بين اللفظين، وإنما في الكلام تقديم وتأخير، وتكرار، وإن صواب الكلام تقديم قوله: إلا أن يكون له غرماء إلى آخر الكلام إلى قوله: إلا أن يكون اشترط أن النفقة التي أنفق الرهن بها رهن، وثم يأتي - هنا - اللفظ المقدم أولاً وهو إلا أن يقول له: أنفق على أن نفقتك في الرهن أو يكون الكلام أولا، ثم عند قوله: (ويحسبها بنفقته، وبما رهنه فيه)، ثم كرر معنى المسألة بلفظ آخر فقال: إلا أن يكون له غرماء إلى آخر المسألة، ويدل على هذا وأنهما بمعنى أن في بعض روايات المدونة آخر المسألة، إلا أن يكون اشترط أن النفقة التي أنفقها في الرهن - أيضا - وهذا نص اللفظ الأول بعينه، وعلى أنهما بمعنى، اختصر المسألة بعضهم، وعلى التفريق اختصرها أبو محمد وغيره.اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة: ص 2295، وما بعدها.

(1) قوله: (إذ لا يقدر على... يأخذ راهنه بنفقته) ساقط من (ف2).

(2) انظر: المدونة: 9/269، وما بعدها.

(3) في (ن): (ويكون).

(4) في (ن): (مبدى)، وانظر المسألة في: النوادر والزيادات: 10/185.

(5) قوله: (فانهارت فأبى... الزرع والثمر) زيادة من (ن) و(ف2).

(6) في (ش) و(ح): (عله).

(7) قوله: (والنخل إذا أنفق) يقابله في (ف2): (الثمر).

(8) في (ش): (ويبدى).

(9) في (ش) و(ح) و(ف2): (سنيناً).

(10) في (ن): (لهما).

أو على[1] حظ رب النخل من ثمرة تلك السنة في المساقاة.

وإن أخذ الراهن مالاً من أجنبي، فأنفقه في ذلك، فالأجنبي[2] أحق بمبلغ نفقته من ثمن الزرع من المرتهن، فإن لم يفضل للمرتهن منه[3] شيء؛ رجع بدينه على الراهن[4].

وروي عن ابن القاسم في[5] غير المدونة: أن الراهن يجبر على أن يصلح إن كان ملياً[6].

وإذا ارتهنت أرضاً، فأخذ منك السلطان خراجها؛ لم ترجع به على الراهن، إلا أن يكون ذلك الخراج حقاً، وإلا فلا، -يريد أخذ منه ظلماً أو أخذ منه بعد أن أخذ من ربها[7].

وقال أشهب: فيمن ارتهن زرعاً أو ثمر[8] نخيل[9] ببئره، فانهارت، فأنفق فيها المرتهن حين أبى[10] ربها أن ينفق، فإن نفقته في الزرع، وفي رقاب النخل وفي الثمر وفي البئر[11]، فإذا حل بيع الثمر[12] والزرع؛ أخذت من ثمنه ما أنفقت، وكان[13] ما [(ش: 78/أ)] بقي في دينك، وإن لم يكن في ثمن الزرع والثمر وفاء بما أنفقت؛ فأنت أولى منه بماء البئر حتى يتم لك ما أنفقت، ثم متى ما أوفاك ذلك؛ لم يكن له رجوع عليك بانتفاعك

(1) في (ش) و(ح): (وعلى).
(2) في (ش) و(ح) و(ف2): (والأجنبي).
(3) قوله: (منه) ساقط من (ن).
(4) انظر: المدونة: 9/299، 300.
(5) في (ف2): (من).
(6) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 11/99، والنوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 10/184.
(7) قوله: (يريد أخذ منه ظلما أو أخذ منه بعد أن أخذ من ربها) زيادة من (ف2).
(8) في (ف2): (ثمرة).
(9) في (ن) و(ف2): (نخل).
(10) في (ش) و(ح) و(ن): (أبا).
(11) في (ن): (في البئر).
(12) في (ن): (الثمرة).
(13) في (ن): (فكان).

بالبئر؛ لأنك كنت ضامناً له بما أنفقت لو[1] غار ماؤها[2][3].

القضاء في ضمان الرهن[4]

قال الرسول ﷺ: «لا يغلق الرهن»[5][6].

قال مالك في موطئه: معناه أن يقول له: إن قضيتك[7] الدين إلى أجل كذا، وإلا فالرهن لك بما فيه[8].

وإذا هلك الرهن؛ لم يكن بما فيه إن زادت قيمته على الدين، فلما[9] لم يؤخذ[10] الرهن على الأمانة؛ كان كالعارية، وقد قال الرسول عليه [الصلاة و] السلام في سلاح

---

(1) قوله: (أنفقت لو) يقابله في (ن): (أنفقت أو).

(2) في (ن): تقديم وتأخير حيث أخر قوله: (وإذا ارتهنت أرضا... حقاً وإلا فلا) إلى هذا الموضع.

(3) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 184/10.

(4) في (ن): (المرتهن).

(5) قال عياض: وحديث: "لا يغلق الرهن". وقول ابن شهاب بعده، وقول ربيعة في هلاك الرهن، ثابت عند ابن عيسى للدباغ، وكان في كتاب ابن عتاب مخرجاً وسقط في نسخ، ومعنى لا يغلق: لا يمنع من فكه؛ أي يكون بما فيه، وإن زاد، إذا لم يوفه صاحبه حقه إلى أجله وهو شيء كانت الجاهلية تفعله، والغلق: الهلاك، يقال: غلق الرهن - بكسر اللام - يغلق، وقيل: معناه لا يكون له مخلص، ومخرج من الغلق وهو ضيق الصدر.اهـ، انظر: التنبيهات المستنبطة: ص2285.

(6) ضعيف: أخرجه مالك مرسلاً: 728/2، في باب ما لا يجوز من غلق الرهن، من كتاب الأقضية، برقم (1411)، عن سعيد بن المسيب
وأخرجه ابن ماجه: 816/2، في باب لا يغلق الرهن، من كتاب الرهون، برقم(2441).
وقال البوصيري في الزوائد في إسناده محمد بن حميد الرازي وإن وثقه ابن معين في الرواية فقد ضعفه في أخرى. وضعفه أحمد والنسائي والجوزجاني. وقال ابن حبان يروى عن الثقات المقلوبات. وقال ابن معين كذاب.

(7) في (ف2): (قضيت).

(8) انظر: الموطأ: 728/2.

(9) في (ف2): (ولما).

(10) في (ش) و(ح): (يدخل).

صفوان: «عارية مؤداة»[1]، فما كان مثل السلاح يغاب عليه؛ فهو مضمون إذا قبضه المرتهن أو المستعير، إلا أن يقيم[2] بينة على هلاكه من غير سببه، بأمر من الله أو بتعدي أجنبي؛ فذلك من الراهن أو المعير، وله طلب المتعدي[3].

وأما ما لا يغاب عليه من ربع أو حيوان أو رقيق؛ فالمرتهن مصدق فيه[4]، ولا يضمن ما زعم أنه هلك أو عطب أو أبق أو دخله عيب، ولو شرط عليه ضمانه لم يلزمه الشرط، ولو شرط أن لا ضمان عليه فيما يغاب عليه، وأنه مصدق لم ينفعه شرطه، وضمن إن ادعى أنه قد[5] ضاع.

قال أشهب في غير المدونة[6]: يضمن ما قامت فيه[7] بينة مما يغاب عليه، وإن شرط رفع[8] الضمان نفعه[9].

قال ابن القاسم: وما وضع على يدي عدل مما يغاب عليه أم لا يغاب[10] عليه فضمانه من الراهن، وليس للعدل أن يوصي عند موته بوضعه عند[11] غيره، وذلك إلى المتراهنين[12].

---

(1) صحيح: أخرجه أبي داود: 2/320، في باب في تضمين العارية، من كتاب الإجارة، برقم(3566)، والنسائي في الكبرى: 3/409، في باب تضمين العارية، من كتاب العارية، برقم(5776)، وأحمد في المسند: 4/222، برقم(17979) كلهم من حديث صفوان بن أمية ﷺ.

(2) في (ش)، (ن) و(ف2): (تقوم).

(3) في (ش) و(ح): (المعتدي).

(4) قوله: (فيه) ساقط من (ن).

(5) قوله: (قد) زيادة من (ن).

(6) قوله: (في غير المدونة) ساقط من (ف2).

(7) قوله: (فيه) زيادة من (ن) و(ف2).

(8) في (ن) و(ف2): (دفع).

(9) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 10/187.

(10) في (ش) و(ح): (ولا يغاب).

(11) في (ف2): (بيد).

(12) في (ش) و(ح): (المرتهنين)، وانظر المسألة في: المدونة: 9/256.

وإن ارتهن نصف ثوب[1]، فقبض جميعه فهلك؛ ضمن نصفه، وهو مؤتمن في النصف الآخر، كالمعطي لغريمه ديناراً يستوفي[2] منه نصف دينار له عليه[3]، فهلك الدينار بيد الغريم فيما زعم، فيضمن نصفه، وهو أمين في نصفه ولا يمين عليه، إلا أن يتهم.

وابن الماجشون يخالفه في الدينار.

ولو رهنك رهناً ثم[4] رهن فضلته لغيرك بإذنك؛ جاز، فإن هلك بيدك؛ ضمنت منه مبلغ دينك، وكنت في الباقي أمين.

ومن وكلته ببيع سلعة، فباعها وأخذ بالثمن رهناً؛ لم يجز عليك[5] بيعه بالدين، ولو أذنت له ببيع الدين؛ لم يجز عليك أخذه للرهن، إلا أن ترضاه[6]، فيكون ضمانه منك، وإلا رد إلى ربه، وكان البيع بحاله، وإن هلك الرهن قبل علمك؛ كان من الوكيل ولم يقاصك به الغريم من دينك.

ولو تكفلت[7] لرجل بدين وأعطيته به رهناً فضاع بيده، فإن رهنته بأمر المطلوب؛ فلك الرجوع على المطلوب بجميع قيمته، إن ساوت الدين، وإن[8] زادت قيمته؛ فأنت مخير في [(ش: 78/ب)] أن تتبعه بالزيادة أو تتبع بها المرتهن، ويسقط دين المرتهن، فإن أغرمت المطلوب الزيادة؛ رجع هو بها على المرتهن، وإن[9] رهنته بغير أمر المطلوب، فلك اتباع المطلوب بمثل الدين فقط من قيمته، ولا يتبع[10] بالزيادة إلا المرتهن

---

(1) في (ش) و(ح): (ثوبه).

(2) في (ن) و(ف2): (ليستوفي).

(3) في (ش): (عليك).

(4) في (ش) و(ح): (يوم).

(5) قوله: (عليك) ساقط من (ن).

(6) في (ن): (ترضى).

(7) في (ش) و(ح) و(ف2): (تكلفت)، والمثبت موافق لما في المدونة.

(8) في (ن) و(ف2): (فإن).

(9) في (ف2): (ومن).

(10) في (ن): (تتبع).

خاصة[1].

وإذا قبض الرهن وكيل المرتهن أو رسوله بأمر من الراهن، فهلك بيده؛ فهو من المرتهن وليس كالعدل الذي تراضيا به.

ولو باع السلطان الرهن عند الأجل ليقضي المرتهن فباعه[2] أمين السلطان، ثم ضاع الثمن عند أمينه؛ لم يضمنه[3] وصُدّق في ضياعه، فإن اتهم كانت عليه اليمين[4]، وهو من الذي له الدين كقول مالك في ضياع ثمن ما[5] بيع لغرماء المفلس إذ لهم بيع.

وروى عنه أشهب: أنه من ربه حتى يصل إلى غرمائه[6].

وإن باعه الأمين بما لا يباع به[7] مثله من عرض أو طعام؛ لم يجز ذلك، ثم إن ضاع ما قبض فيه ضمنه بتعديه[8]، ولو باع بالعين لم يضمن.

ولو رهنه رهناً بدين ادعاه قبله، ثم تصادقا على أنه باطل، ثم ضاع الرهن؛ ضمنه المرتهن، وكذلك إن أعطاه دراهم حتى يصارفه بها من دنانير له عليه ديناً، فضاعت الدراهم، وكذلك ما عمله الصناع بغير أجر فضمانه منهم، وكذلك لو قبض المرتهن دينه أو وهبه للراهن، ثم ضاع الرهن[9] بعد ذلك؛ فالمرتهن ضامن، وإن زادت قيمته على الدين؛ لأنه على أصل ما أخذه[10].

---

(1) انظر: المدونة: 9/250، 251.

(2) في (ن): (أو باعه).

(3) في (ف2): (يضمن).

(4) قوله: (وصدق في ضياعه فإن اتهم كانت عليه اليمين) ساقط من (ف2).

(5) قوله: (ما) زيادة من (ن) و(ف2).

(6) انظر: المدونة: 9/257، 258.

(7) في (ش) و(ح): (منه).

(8) في (ف2): (لتعديه).

(9) قوله: (الرهن) زيادة من (ف2).

(10) في (ن): (أخذوه).

ومن كتاب[1] الصلح: وكذلك لو صالحه من الدين على شيء دفعه إليه، ثم ادعى أن الرهن هلك قبل الصلح أو بعده؛ لم يبرأ من ضمانه إلا ببينة أنه هلك قبل أو بعد[2].

وإن أخذ[3] رهناً بقراض؛ لم يجز إلا أنه إن ضاع ضمنه، إذ لم يأخذه على الأمانة.

وإن صرف دراهم بدينار[4]، فقبض الدراهم وأعطى بالدينار رهناً وجهلا، فالرهن إن ضاع من المرتهن، فإن كانت قيمة الرهن مثل الدراهم؛ برئ الراهن، وإن زادت أو نقصت ترادّا[5] الفضل[6].

قال أشهب: هو رهن بالأقل من قيمة الدينار أو الدراهم، وما[7] زاد فهو به[8] أسوة الغرماء[9].

قال[10] ابن القاسم: وإن[11] تعدى العدل في رهن على يديه، فدفعه إلى الراهن أو المرتهن فهلك، فإن[12] دفعه إلى الراهن؛ ضمنه للمرتهن – يريد: يضمن له الأقل من قيمته أو من الدين –، فإن دفعه إلى المرتهن؛ ضمنه للراهن، فإن كان كفاف الدين؛ سقط دين المرتهن كهلاكه بيده، – يريد: وبرئ[13] العدل –، وإن كان فيه فضل؛ ضمن

---

(1) قوله: (كتاب) ساقط من (ف2).

(2) انظر: المدونة: 7/410.

(3) في (ش) و(ح): (أخذه).

(4) في (ن): (بدنانير).

(5) في (ش) و(ح): (زاد)، والمثبت موافق لما في المدونة.

(6) انظر: المدونة: 9/265، 266.

(7) في (ن): (وأما لو).

(8) قوله: (به) ساقط من (ن)، وفي (ف2): (فيه).

(9) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 10/191.

(10) قوله: (قال) ساقط من (ف2).

(11) في (ن): (وإذا).

(12) في (ن): (وإن).

(13) في (ن): (يبرأ).

العدل الفضلة للراهن[1]، يريد: ويرجع بها على المرتهن[2].

قال محمد: ولو قامت[3] الغرماء على الراهن، فحاصهم[4] المرتهن، فنابه[5] [(ش: 79/أ)] أقل من دينه، فإنه يرجع على العدل بما نقصه أن لو كان الرهن بيده، فإن كان لا يفي بدينه؛ نظرت ما يصح له أن لو حاصهم[6] بما نقص الرهن من دينه، فما كان يجتمع له نظرت الآن ما نقصه عن ذلك كله، فرجع[7] به على العدل، ثم لا دخول للعدل فيه مع الغرماء[8].

في الراهن والمرتهن[9] يحدث في الرهن بيعاً أو عتقاً أو وطئاً، أو غيره قبل أن يحاز أو بعد أن يحاز أو[10] يقر الراهن فيه بإقرار، ومن يلي بيع الرهن للمرتهن والرهن يجني أو يجنى عليه أو يستحق

ولما كان الرهن وثيقة للمرتهن، وكضامن أخذه لم يجز للراهن فيه حدث يبطله به، ولا له أن يأتيه برهن غيره ويأخذه، ولا يرهن فضله لغيره إلا بإذنه، وليس للمرتهن أن يحدث فيه حدثاً إذ لم يملك أصله.

قال ابن القاسم: وإذا حل الأجل؛ فلا يبيعه[11] من هو بيده من مرتهن أو

(1) انظر: المدونة: 9/256.

(2) قوله: (يريد يضمن له الأقل من... يريد ويرجع بها على المرتهن) ساقط من (ف2).

(3) في (ش) و(ح): (أقامت).

(4) في (ف2): (فحاصصهم).

(5) في (ش) و(ح): (قبل به).

(6) في (ف2): (حاصصهم).

(7) في (ن): (فيرجع).

(8) قوله: (مع الغرماء) زيادة من (ف2)، وانظر المسألة في: النوادر والزيادات: 10/200، 201.

(9) في (ن) و(ف2): (أو المرتهن).

(10) قوله: (يحاز أو) زيادة من (ن).

(11) قوله: (فلا يبيعه) غير مقروء في (ن).

أمين[1]، ويرد إن فعل ولا يبيعه إلا ربه، فإن غاب فالسلطان، ولو كان الراهن أذن للمرتهن، أو للعدل الذي حازه في بيعه عند الأجل.

قال مالك: فلا ينبغي أن يبيعه دون الإمام.

ابن القاسم: إلا أنه إن فعل؛ أنفذت بيعه إن اجتهد، ولو[2] لم يكن أذن له؛ لم يتم ذلك دون السلطان[3] إن غاب ربه[4].

قال محمد: إذا شرط المرتهن أن يبيع دون الإمام فباع، قال أصبغ: قال ابن القاسم: ينفذ بيعه إن أصاب وجه البيع، إلا أن يكون شيء له بال من دور ورقيق وحيوان، وما فيه بال أيضاً فالعدد[5]، فإنه إن لم يفت، فإن فات مضى بالثمن، إلا أن يبيع بدون ما يباع به مثله فيضمن الفضل.

أشهب: أما مثل[6] المقثأة والثمار مما يفسد إلى مؤامرة السلطان فيه، فله بيعه كما شرط، وأما الدار والعبيد والثمار، فلا إلا برأي الإمام، فإن باع دونه؛ رد ذلك إن لم يفت، وهذا بموضع فيه إمام، وأما إن لم يكن أو كان إمام يبعد تناوله، فالبيع نافذ دونها إذا اجتهد، وأبلى عنده[7].

قال ابن القاسم[8]: وإن تعدى المرتهن فباعه أو وهبه؛ فلربه رده أين ما وجده، ويدفع ما عليه، ويتبع المبتاع بائعه بالثمن[9].

---

(1) في (ن): (يريد).

(2) قوله: (لو) ساقط من (ف2).

(3) في (ف2): (الإمام).

(4) انظر: المدونة: 9/254، 255.

(5) في النوادر: في العدد.

(6) قوله: (مثل) زيادة من (ف2).

(7) قوله: (قال محمد: إذا شرط المرتهن أن... وأبلى عنده) جاءت في (ن) بعد قوله: (قال محمد: وإن كان عبداً فأعتقه؛ مضى عتقه، ولا رهن فيه)، وانظر المسألة في: النوادر والزيادات: 10/217، 218.

(8) قوله: (قال محمد إذا شرط المرتهن أن يبيع دون... قال ابن القاسم) زيادة من (ف2).

(9) انظر: المدونة: 9/276.

ولو وطئ المرتهن الأمة الرهن؛ حد ولم يلحق به الولد، وكان مع الأم[1] رهناً، وللراهن ما نقصها بكراً كانت أو ثيباً إن أكرهها، وإن ابتاعها لم يعتق الولد عليه، ولا تكون هي[2] به أم ولد له.

فإن وطئها الراهن بإذن المرتهن، أو كانت مخلاة تذهب، وتجيء في حوائج المرتهن، فوطئها الراهن بغير إذنه فولدت؛ فهي له أم ولد ولا رهن[3] للمرتهن فيها، وإن كان على وجه الغصب والتسور؛ عجل ربها الحق إن كان ملياً، وكانت له أم ولد، فإن لم يكن له مال؛ بيعت بعد الوضع،ولا يباع ولدها وهو حر لاحق النسب، فإن نقص ثمنها عن دينه اتبع به[4].

قال ابن المواز: ولا تباع، وإن وضعت حتى يحل أجل الدين.

أشهب: وإن وجدت من يبتاع منها بقدر الدين فعلت، وأعتقت ما بقي، وإن لم يوجد استوني إلى الأجل، فإن وجد أيضاً ذلك، وإلا بيعت كلها وقضي الدين، وكان ما بقي لربها يصنع به ما شاء.

وروي عن مالك: أنها لا تخرج من الرهن حتى يطأها بإذنه.

وفي كتاب الرهن لمحمد عن أشهب، قال: لا تباع بعد الأجل في عدمه إلا كلها، وإن كان فيها فضل؛ لأنها لا تكون بعض أم ولده[5].

قال سحنون: وطئها تسوراً[6]، أو وطئها وقد أطلقها المرتهن في حوائجه [(ش: 79/ب)] فهو سواء[7].

قال أشهب في المرتهن: وإن طاوعته؛ فلا شيء عليه مما نقصها، وإن كانت بكراً

---

(1) في (ش): (الإمام).

(2) قوله: (هي) ساقط من (ن).

(3) في (ش) و(ح) و(ف2): (لا رهن).

(4) انظر: المدونة: 9/291.

(5) قوله: (وفي كتاب الرهن... بعض أم ولده) ساقط من (ن) و(ف2)، وانظر المسألة في: النوادر والزيادات: 10/204، وما بعدها.

(6) في (ف2): (سورا).

(7) انظر: المدونة: 9/291.

كالحرة، وقال ابن القاسم: عليه ما نقص البكر، وإن طاوعته[1].

محمد: وروى ابن القاسم عن مالك: إن زوجها المرتهن غلامه، فولدت وماتت من نفاسها أنه لا ضمان عليه.

قال[2] أصبغ: لأنه لم يتعد[3] في الحمل، وتعديه[4] في النكاح، وليس عن[5] كل نكاح يكون[6] حمل[7].

قال[8] ابن القاسم في المدونة: وإن باع الراهن الرهن بغير إذن المرتهن، فأجاز بيعه؛ تعجل حقه شاء الراهن ذلك[9] أو أبى[10].

وإن باعه بإذن المرتهن، وقال: لم[11] آذن لأسلم ثمنه لك[12]، ولكني أذنت له لإحياء الرهن[13] وما أشبه[14] ذلك؛ حلف على ذلك، وأتى الراهن برهن يشبه الرهن الأول وقيمته كقيمة الأول، فإن لم يجد بقي الثمن رهناً، -يريد: مطبوعاً عليه إن كان عيناً-، ولا يتعجله هاهنا، وذلك أنه[15] إذا بيع بإذنه، ولم يسلمه هو[16] من يده إلا إلى

---

(1) في (ش) و(ح) و(ف2): (وطاوعته)، وانظر المسألة في: النوادر والزيادات: 215/10.

(2) قوله: (قال) زيادة من (ن).

(3) قوله: (لأنه لم يتعد) يقابله في (ش) و(ن) و(ف2): (لا يتعدى)، والمثبت موافق لما في النوادر والزيادات.

(4) في (ش) و(ح): (ويعديه).

(5) في (ن): (على).

(6) قوله: (يكون) زيادة من (ن).

(7) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 216/10.

(8) قوله: (قال) ساقط من (ن).

(9) قوله: (ذلك) زيادة من (ف2).

(10) في (ش) و(ح) و(ف2): (أبا).

(11) في (ش) و(ح): (الم).

(12) قوله: (لك) زيادة من (ن) و(ف2).

(13) في (ش) و(ح) و(ف2): (الراهن).

(14) في (ش) و(ح) و(ف2): (شبه).

(15) قوله: (أنه) زيادة من (ن).

(16) قوله: (هو) زيادة من (ن).

المبتاع، وأخذ منه الثمن، ولو أسلمه إلى الراهن فباعه؛ خرج من الرهن[1].

محمد: روي عن مالك أن الراهن إن باعه بمثل صفة الدين وبكفافه[2] فأكثر؛ جاز ولا رد للمرتهن ولا حجة، ويتعجل حقه، إلا أن يبيعه بأقل من الدين أو بصنف مخالف للدين؛ فله أن يجيز أو يرد، وهذا هو الصواب[3].

قال[4] محمد: قال أشهب: إن باعه المرتهن تعدياً وفات رده؛ فعليه الأكثر من الثمن أو قيمته يوم باعه، ويدفع إلى الراهن[5]، ولا يتعجله المرتهن؛ لأنه فسخ رهنه، ولو كان التعدي ممن وضع على يديه، وفات غرم[6] الأكثر كما ذكرنا، فتعجل[7] المرتهن دينه إن كان ذلك كصفة الدين[8].

محمد: ولو باعه الراهن قبل أن يحوزه المرتهن بحضرة البيع[9]، والثمن مؤجل لمن يرده[10]، ولا[11] يتعجل للمرتهن حقه، وليوضع له رهن مكانه، ولا ينقض ما بينهما من بيع أو سلف، قاله ابن القاسم وأشهب وعبد الله، وعبد الملك عن مالك[12].

قال محمد: وإن كان عبداً فأعتقه؛ مضى عتقه، ولا رهن فيه. وله اتباع ذمة الراهن.

قال ابن القاسم في المدونة: وإن رهنك خلخالين من ذهب في مائة درهم، فاستهلكتهما وقيمتهما مائة درهم؛ لم أجعل ذلك قصاصاً بدينك، ولكن تؤخذ القيمة

---

(1) انظر: المدونة: 9/246، 247.
(2) في (ن): (أو بكفافه).
(3) انظر: التنبيهات المستنبطة، لعياض، ص 2288.
(4) قوله: (قال) زيادة من (ن).
(5) في (ش) و(ح): (الرهن).
(6) في (ف2): (وغرم).
(7) في (ش) و(ح) و(ن): (يعجل).
(8) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 10/215، ومنتخب الأحكام، لابن أبي زمنين: 1/348.
(9) في (ف2): (التبايع).
(10) في (ن): (يرد).
(11) في (ف2): (ولم).
(12) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 10/203، ومنتخب الأحكام، لابن أبي زمنين: 1/347.

منك دراهم، فتوضع بيد عدل مطبوع عليها[1] رهناً، وكذلك إن كان[2] من فضة، فلزمك قيمتها دنانير كانت رهناً إلى الأجل، فتباع لك الدنانير فيها لك من الدراهم حينئذ[3].

(1) في (ش) و(ح): (عليهما).
(2) في (ن): (كانا).
(3) انظر: المدونة: 9/278 و279.

قال عياض: ومسألة: (الخلخالين)، وقوله: (فإن ضمن قيمتهما من الذهب، أتكون القيمة رهناً، أم يقبض هذا الذهب - إلى قوله - تكون هذه القيمة رهنا، ويطبع عليها، وتوضع على يد عدل) إلى آخر المسألة.

هي ثابتة في الأصول، مطروحة عند ابن وضاح وحده ، وقوله: ويطبع عليها، وتوضع على يدي عدل، كذا - أيضاً - في... أكثر النسخ بالعطف، وواو الجمع، وعليها اختصرها أبو محمد... وغيره، وهي روايتنا.

وفي كتاب ابن سهل: أو توضع على يدي عدل على التقسيم، واستحسن هذه الرواية بعض شيوخنا الأندلسيين ممن أدركناه؛ لأنها إذا وضعت على يدي عدل استغني عن الطبع عليها، وعلى هذا جاءت مسائله فيما وضع على يدي عدل أنه لا يحتاج إلى طبع ؛ لأن علة السلف مأمونة؛ لأنها إنما يخشى مع صاحب الرهن والمرتهن، وعلى هذه الرواية يجوز وضعها على يدي صاحبها مطبوعة؛ إذ يؤمن علة السلف في ذلك - أيضاً - ولأنه إن أتلفها ضمنها، وليست مما يراد لعينه فيخشى أن يتسلفها أو يحبسها لرغبة له فيها، ويؤدي قيمتها لكنا نطبع عليها؛ لئلا يتعجل حقه قبل الأجل، قال: (سحنون تأديبا له؛ لئلا يفعل الناس ذلك بما أرهنوه فيتعجلوا حقوقهم).

وعلى الرواية الأخرى، ألا توضع على يديه؛ لأنه قد تعدى أولا، فلا يعرضها ثانياً للتعدي والعدم، وقد يتلفها فلا يوجد عنده... شيء إلا الدين ، وقد تكون أكثر منه فيخسر الزيادة بها ، وقيل: يحتمل أن يدفع القيمة لرب السوارين لو... جاء برهن ثقة ، وقوله: (فإن كسرهما ثم استهلكهما، قال: عليه قيمتهما مصوغين قلت: أليس قد قلت: إذا كسرهما رجل ولم يتلفهما، فإنما عليه ما نقصت الصياغة، قال: هذا أحب إلي، وإليه أرجع وأرى أن يضمن قيمتهما من الذهب مصوغين، استهلكهما أو كسرهما فهما سواء، ويكونان له).

كذا ثبت في كثير من النسخ، وسقط هذا كله من كتاب ابن عتاب، وصحت في كتاب ابن سهل وابن المرابط وكتب عليها: سقطت عند ابن باز والقابسي. وقال ابن وضاح: طرحها سحنون، وثبت هذا القول في كتاب الغصب، قال: عليه قيمة الصياغة. وقال أبو عِمرَان: قوله: ما نقصت الصياغة، وقيمة الصياغة سواء ؛ إنما يعني بذلك ما بين قيمتها صحيحة، ومكسورة. وروى أَشْهَب عن مالك: عليه أن يصوغها.

=

قال أشهب، ورواه عن مالك: أن عليه أن يصوغهما[1]، وكذلك من هدم جداراً لرجل؛ كلف أن يبنيه أحب إلي من أن أغرمه ما نقص البيت[2]، وهذا غير[3] قول ابن القاسم[4].

قال[5] ابن القاسم[6]: ومن رهن عبداً، ثم أعتقه أو كاتبه، وهو بيد المرتهن؛ جاز ذلك إن كان ملياً، وعجل الدين، وروى ابن وهب مثله في التدبير إن عجل له حقه[7].

وروى[8] محمد عن ابن القاسم: أنه إن دبره بقي رهناً مدبراً، محمد: والكتابة مثله، وقال أشهب: الكتابة مثل العتق[9][10].

قال ابن القاسم: وإذا أعتقه قبل محل الدين؛ فليس له أن يرهنه سواه حتى الأجل، وليعجل له حقه في ملائه، وإن أعتقه وهو عديم بقي رهناً، [(ش: 80/أ)] فإن أفاد ربه

=

وقوله بعد ذلك: (قلت: أرأيت إن ارتهنت سوارين من ذهب بدراهم فأتلفهما، وقيمتهما مثل الدين سواء، وقد استهلكتهما قبل محل الأجل، أتكون القيمة رهناً، أم يجعلهما قصاصاً، قال: أرى القيمة رهناً إلى الأجل).

كذا عند ابن عتاب، وفي كتاب ابن سهل: فهشمت السوارين أو كسرتها أو أتلفتها.

وكتب: كذا في الأسدية فأتلفتهما، وفي كتاب ابن المرابط: فهشمتهما أو أتلفتهما.اهـ ، انظر: التنبيهات المستنبطة : ص 2299، وما بعدها .

(1) في (ش) و(ح): (يصوغها).

(2) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 336/10.

(3) قوله: (وهذا غير) يقابله في (ن): (فهذا خلاف)، وفي (ف2): (وهذا خلاف).

(4) انظر: المدونة: 278/9.

(5) قوله: (قال) ساقط من (ف2).

(6) قوله: (قال ابن القاسم) ساقط من (ن).

(7) انظر: المدونة: 290/9.

(8) زاد بعده من (ش) و(ح) قوله: (هذا).

(9) قوله: (وروى هذا محمد عن ابن القاسم.... الكتابة مثل العتق) جاء متأخراً في (ف2) بعد قوله: (الدين ونفذ العتق) الآتية بعد فقرتين.

(10) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 203/10.

قبل الأجل مالاً أدى[1] الدين، ونفذ العتق[2].

وإن استعار عبداً ليرهنه فرهنه، ثم أعتقه[3] المعير، فإن كان ملياً جاز؛ العتق وقيل له: عجل الدين لربه إذ أفسدت رهنه، ويرجع بذلك على المستعير بعد محل الأجل.

قال: وإذا مات المديان، فقد حل الدين بموته، ووجب بيع الرهن.

وليس لراهن الأمة أن يزوجها إلا بإذن المرتهن؛ لأن ذلك عيب، ولو رهنها ذات زوج؛ لم يكن للمرتهن منع الزوج منها كما لو بيعت، ولو رهن أمة عبده أو رهنهما معاً، فليس للعبد وطئها[4] في الرهن، ثم هي في الوجهين بعد فداء الرهن[5] للعبد كما كانت.

قال محمد: إن باع الراهن الرهن قبل أن يختار؛ مضي البيع وأوقفا الثمن رهناً، ولا يعجل الحق، ولا يرد ما بينهما من بيع أو سلف[6].

وإن كان عبداً فأعتقه مضى عتقه، ولا رهن فيه.

قال ابن القاسم[7]: ولو كان[8] المرتهن أعار العبد الرهن بغير إذن ربه فهلك، فإن هلك بأمر من الله لا في عمل المستعير؛ لم يضمن هو ولا المستعير، وكذلك إن استودعه رجلاً، إلا أن يستعمله المودع، أو المستعير عملاً أو يبعثه مبعثاً يعطب في مثله فيضمن[9].

قال سحنون: المرتهن ضامن بتعديه وإن هلك العبد بأمر من الله[10].

---

(1) في (ش) و(ح) و(ف2): (ودى).

(2) انظر: المدونة: 9/ 291.

(3) في (ش) و(ح) و(ف2): (أعتق).

(4) في (ن): (وطأها).

(5) في (ن): (هذا الرهن)، وفي (ش) و(ح): (الراهن).

(6) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 10/ 203.

(7) قوله: (قال محمد إن باع الراهن ... قال ابن القاسم) زيادة من (ف2).

(8) في (ن) و(ف2): (أن).

(9) انظر: المدونة: 9/ 306، 307.

(10) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 10/ 216.

قال ابن القاسم: وإن بعت رجلاً بيعاً على أن يرهنك عبده ميمون، ففارقته قبل قبضه؛ لم يبطل الرهن، ولك أخذه ما لم تقم[1] الغرماء، فتكون[2] أسوتهم، فإن باعه قبل حيازتك إياه؛مضى البيع، وليس لك أخذه برهن غيره؛ لأن تركك إياه حتى باعه كتسليمك لذلك، وبيعك الأول غير منتقض[3].

---

(1) في (ن): (يقم).
(2) في (ش) و(ح) و(ف2): (فيكون).
(3) انظر: المدونة: 9/285 و286.
قال عياض: لم يبين في مسألة الكتاب أولاً إذا باعه بغير أمره، هل قبل القبض أم لا؟ ومعناه بعد القبض، وقد فسر ذلك آخر المسألة بقوله: وإنها ذلك إذا باع الرهن وهو في يد المرتهن لم يخرج من يده، فجاء ذلك على وجوه المسألة كلها، وكذا في كتاب محمد، إلا ما ذكر من الخلاف فيها عن مالك، وأصحابه أن البيع يمضي، ويعجل له حقه ولا خيار للمرتهن في ذلك، إلا أن يبيعه بأقل من الدين أو بخلافه لم يتكلم في الكتاب - هنا - إذا باعه قبل القبض، وقد تكلم عليه آخر الكتاب في مسألة ميمون أن البيع ماض، وليس له أخذه برهن غيره، قال: لأن تركك إياه حتى باعه، وقد أمكنك منه كتسليمك لذلك، وبيعك الأول غير منتقض ، وكذلك في بعض روايات محمد، قال: ولا يعجل له حقه ولا يوضع له رهن عند مالك وابن القاسم ، وفي رواية أخرى: ويوضع، وعلى هذه الرواية نقل أبو محمد المسألة من كتاب محمد في نوادره، ومختصره، قال: ويوضع له رهن إلى أجله، وعليها نقلها - أيضاً - من كتاب محمد ابن أبي زمنين وغيره ونقلها اللخميّ عنه، ولا يوضع على الرواية الأخرى أو كما في المدونة، وكذا ذكر أبو محمد في نوادره في موضع آخر، عن أَشْهَب في كتاب محمد.
وتأمل قوله: (لأن تركك إياه حتى باعه، وقد أمكنك أخذه كتسليمك لذلك)، يدل أنه لو لم يتراخ في القبض فبادر الراهن لبيعه لم يبطل الرهن ومضى البيع وكان ثمنه رهناً، وكذا تأويل أبي محمد.
وقال غيره: بل لا يجوز - هنا - بيعه ويرد ويبقى رهناً، فإن فات به مشتريه كان الثمن رهنا.
وإلى هذا أشار بعض شيوخنا وهو على قولهم هذا في مسألة جواز الهبة إذا مات الواهب قبل التراخي في حوزها.
وأشار بعض شيوخنا إلى أن هذا فيما من الرهن كان شرطاً في أصل العقد فباعه الراهن بعد التراخي.
وأما ما كان بيعه مبادرة لإخراجه من الرهن فينتقض فيه البيع، فإن فات بيد مشتريه بقي الثمن رهنا.
فأما ما تطوع به من الرهن بعد العقد فحكمه في بيعه قبل قبضه حكم بيعالهبة قبل قبضها، وفي كتاب

وإذا جنى[1] أجنبي على الرهن بيد المرتهن، فأهلكه أدى القيمة، ثم إن جاء[2] الراهن برهن ثقة أخذها، وإلا كانت تلك القيمة رهناً[3].

وإذا ارتهن دابة أو داراً أو ثياباً، فاستحق نصف ذلك؛ فباقيه رهن بجميع الحق، فإن شاء المستحق البيع أو القسم فيما ينقسم؛ دعا إلى ذلك الراهن معه، ولا يسلم المرتهن الرهن، ولكن يباع إن بيع وهو بيده، وتصير حصة الراهن من الثمن[4] رهناً بيد المرتهن مطبوعاً عليها، أو بيد من كان الرهن على يده[5].

محمد، وقال[6] أشهب: للمرتهن أن يتعجل الثمن في دينه، إن بيع ذلك بمثل جنس الدين من دنانير أو دراهم، إذ لا نفع[7] للراهن في إيقاف ذلك إلى الأجل، بل

=

محمد سواء قرب أو بعد، ينفذ البيع ولعبد الملك في المجموعة: كان بتفريط أو غيره فالبيع نافذ، وهذا كله على الخلاف في مسألة الهبة المبيعة ، وقال بعض المشايخ: إنما يبطل الرهن إذا سلم المشتري السلعة قبل بيع الرهن، فأما لو كانت سلعته عنده قائمة فههنا لا يلزمه تسليمها حتى يدفع إليه رهناً، كان قد فرط في قبض الرهن أو لا، فتأويل أبي محمد على روايته أن مسألة المدونة أنه لا يوضع عنه رهناً، غير مخالفة لكتاب محمد وأن مسألة المدونة فيها تراخ ومسألة غير المدونة ليس فيها تراخٍ.

وانظر قوله: (إن أتى الراهن برهن ثقة يشبه رهنه).

وقوله بعد تكون قيمته مثل قيمة الرهن الأول، يبين لك أنه إنمايريد مثل الرهن الأول، فإن كان زائداً على الدين؛ لأنه قد رضي الآخر بذلك؛ إذ عليه عقد عقده؛ إذ لهذه الزيادة فائدة فقد تنخفض الأسواق في الأجل فلا يفي بحقه.وقيل: قد يكون معناه أن يكون الأول حيواناً أو ما لا يغاب عليه ولا ضمان على المرتهن فيه فيأتيه بخلافه فلا يلزمه.اهـ، انظر: التنبيهات المستنبطة : ص2287، وما بعدها .

(1) في (ش) و(ح): (خبى).

(2) قوله: (ثم إن) يقابله في (ش) (فإن).

(3) انظر: المدونة: 9/246.

(4) في (ش) و(ح) و(ف2): (الرهن)، والمثبت موافق لما في المدونة.

(5) في (ن): (يديه)، وانظر المسألة في: المدونة: 9/244، 245.

(6) قوله: (الواو) ساقط من (ف2).

(7) في (ش) و(ح): (يقع)، والمثبت موافق لما في النوادر.

ذلك أضر به[1].

قال[2] ابن القاسم: ولو تركه[3] المستحق بيد المرتهن، ثم ضاع؛ لم يضمن إلا نصف الرهن فيما يغاب عليه، ولو كان بيد عدل، أو جعل بيد المستحق؛ لم يضمنه المرتهن، وكان دينه بحاله[4].

وإذا باع السلطان الرهن، فدفع ثمنه إلى المرتهن، ثم استحق الرهن؛ فللمستحق إجازة البيع، وأخذ الثمن من المرتهن، ثم يرجع هو بحقه على غريمه.

ومن رهن عبداً ثم أقر أنه لغيره؛ لم يجز إقراره.

قال في غير[5] رواية يحيى: إلا أن يكون ملياً، فيعجل للمرتهن حقه، ويأخذ العبد ربه، إلا أن يشاء ربه إبقاءه في الرهن، وإن كان عديماً؛ لم يجز إقراره، ويخير المقر له بين أن يتبع الراهن بقيمته ديناً، وإلا وقف أمره، فإن أفاد الراهن مالاً فداه وأخذه ربه، وإن حل الأجل، ولم يفد شيئاً؛ فإنه يباع لقضاء الدين، وليتبع ربه الراهن إن شاء بقيمته يوم العداء، وإن شاء بالثمن الذي بيع به لقضاء الدين[6].

ولو أقر الراهن أن العبد الرهن جنى أو استهلك [(ش: 80/ب)] مالاً، فإن كان معدماً لم يصدق، وإن كان ملياً، قيل له: أتفديه أو تسلمه، فإن فداه بقي رهناً، وإن أسلمه؛ لم يكن له ذلك حتى يحل الأجل، فيدفع الدين ويسلم العبد بجريرته[7]، فإن فلس قبل الأجل؛ فالمرتهن أحق به من أهل الجناية، وليس ذلك كثبوت الجناية[8] ببينة[9].

---

(1) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 170/10.

(2) قوله: (قال) ساقط من (ن).

(3) في (ش) و(ح) و(ف2): (ترك).

(4) انظر: المدونة: 244/9.

(5) في (ش): (غير المدونة).

(6) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 206/10، 207.

(7) زاد بعده في (ن): (قال يحيى يريد).

(8) قوله: (الجناية) ساقط من (ش) و(ح) و(ن).

(9) انظر: المدونة: 304/9.

فإن ثبتت الجناية ببينة؛ فإنه يخير السيد أولاً، فإن فداه كان رهناً، وإن أسلمه خير المرتهن أيضاً، فإن أسلمه كان لأهل الجناية بماله، قل أم كثر.

وليس للمرتهن أن يؤدي من مال العبد الجناية، ويبقى رهناً إلا أن يشاء سيده، وإن فداه المرتهن؛ لم يكن لسيده أخذه حتى يدفع ما فداه به مع الدين، وإلا كان ما فداه به في رقبته دون ماله مبدأ على الدين، ولا يباع حتى يحل أجل الدين، فإن ساوت[1] رقبته أقل مما فداه به[2]؛ لم يتبع السيد بما بقي واتبعه[3] بدينه الأول، وإن كان فيه[4] فضل؛ كان الفضل من رقبته في الدين، ولا يكون ماله رهناً بأرش[5] الجناية، ولا بالدين إذ لم يشترطه[6] في الدين أولاً[7].

وروي هذا عن مالك، وروي عنه أن ماله يدخل معه[8] في الرهن بالأرش لا بالدين، فإن حل الأجل، وللسيد غرماء؛ فإنه يباع بماله، فإن كان ماله زاد[9] فيه مثل نصف ثمنه هذا الذي بيع به بدئ بالجناية، وكان نصف ما بقي للمرتهن في دينه، والنصف للغرماء يدخل فيه المرتهن أيضاً ما بقي من الدين إن بقي له شيء[10].

ابن القاسم: ولو فداه المرتهن بأمر الراهن لاتبعه بجميع ما فداه به، وإن ناف على قيمة رقبته وبدينه الأول.

---

(1) في (ن): (سويت).

(2) قوله: (به) زيادة من (ن).

(3) في (ش) و(ح) و(ف2): (فيتبعه).

(4) قوله: (فيه) زيادة من (ف2).

(5) الأرش: بفتح الهمزة ووقف الراء - هو قيمة الجرحة. انظر: شرح غريب ألفاظ المدونة، للجُبِّي، ص: 112.

(6) في (ن) و(ف2): (يشترط).

(7) انظر: المدونة: 9/267، 268.

(8) قوله: (معه) زيادة من (ف2).

(9) في (ش) و(ح): (زادا).

(10) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 10/224، 225.

محمد: ثم لا يكون رهناً بما فداه به عند ابن القاسم وأشهب؛ لأنه سلف[1].

وفي الباب الأول مسألة العبدين الرهن يقتل أحدهما صاحبه[2].

قال محمد: في مسألة الجناية إذا ثبتت ببينة، قال: يخير المرتهن بين أن يسلمه ويتبع الراهن بدينه، وبين أن يفتكه بزيادة درهم فأكثر على الجناية، ويتبع الراهن بدينه إلا قدر ما زاد على الجناية، ويكون العبد للمرتهن رقاً، وبين أن يفديه بدية الجناية فقط، على أن يكون بيده رهناً بما افتكه به، وبدينه على أن لا ضمان على ربه فيما افتكه به، إن مات العبد أو نقص ثمنه عما افتكه به، ولا يأخذه سيده حتى يدفع[3] إليك الدين والأرش، وإلا بيع لك[4] فبدئ بالأرش من ثمنه ثم بالدين، فإن لم يكن فيه كفاف الأرش؛ لم يتبع[5] الراهن إلا بدينك الأول[6].

جامع القضاء في التداعي في الرهان

وإذا اختلف الراهن والمرتهن في مبلغ الدين؛ فالرهن كشاهد للمرتهن، إذ[7] حوزه[8] وثيقة له، فإذا كانت قيمته يوم الحكم والتداعي، لا يوم الرهن مثل دعوى المرتهن فأكثر، صدق المرتهن مع يمينه، وإن تصادقا إن قيمته يوم التراهن أقل من ذلك فزاد سوقه؛ لم أنظر إلا إلى قيمته الآن زادت أو نقصت[9].

---

(1) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 10/225.

(2) انظر: المدونة: 9/304.

(3) في (ن): (يؤدي).

(4) قوله: (لك) ساقط من (ن).

(5) في (ن): (تتبع).

(6) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 10/223، 224.

(7) في (ن): (إن).

(8) في (ف2): (حازه).

(9) قال عياض: ومسألة: (شهادة الرهن للدين إذا اختلف الراهن والمرتهن فيه) القول قول المرتهن فيما بينه وبين قيمة الرهن في قيام الرهن بعد أن يحلف، وكذلك في إتلافه، القول قول المرتهن إلى مبلغ قيمة صفة الرهن بعد تواصفهما له، ويصدق المرتهن في الصفة إن اختلفا فيها، ومعناه أنه ادعى ضياعه هذا معنى ما في الكتاب، وتفسير ما أبهم منها لكنه يختلف في قيامه على مذهَبِ ابن القاسم =

فإن قال الراهن: هو في مائة، وقال المرتهن: في مائتين؛ صدق المرتهن فيما بينه وبين قيمة الرهن يوم الحكم [(ش: 81/أ)] ويحلف، فإن ادعى أكثر من قيمته الآن؛ لم يصدق فيما زاد عليها، وحلف الراهن على ما قال، فإن حلف؛ فإنما يبرأ من الزيادة على قيمة الرهن، ويؤدي مبلغ قيمته(1) ويأخذه إن أحب، وإلا فليس له أخذه حتى يدفع قيمته(2).

=

فينظر إلى قيمته يوم الحكم، وفي ضياعه ينظر إلى قيمته يوم القبض، وقال غيره: إنما ينظر في الحالين، قيمته يوم القبض، ثبت قول غيره في بعض روايات المدونة، وتمام المسألة في أصولنا من كتاب محمد والعتبي، وأنه إن ثبت هلاكه ببينة أو كان مما لا يضمن من الرهون، فهلك فلا يلتفت إلى شيء من قيمة الرهن، ولا يكون شاهداً للمرتهن، ولا يلزم الراهن إلا ما أقر به؛ إذ ليس ثم رهن قائم يشهد له. اهـ، انظر: التنبيهات المستنبطة: ص2291 و2292.

(1) في (ن): (قيمة الرهن).

(2) قال عياض: في كتاب ابن عبدوس إن دفع الراهن ما قال المرتهن، وإلا بيع له الرهن، ودفع إليه من ثمنه ما ذكر، قال القاضي: ظهر لي أن مذهبه من هذه المسألة ظاهر ما في كتاب محمد، وما في سماع يحيى أنه إنما يكون الرهن شاهداً لنفسه لا على الذمة، وإن حقه إنما يكون في عين الرهن لا في سواه، حتى لو تلف ببينة أو هلك وكان مما لا يغاب عليه أو استحق لم يطلب الراهن بغير ما أقر به، بعد أن يحلف، خلاف ما يظهر من قول القاضي عبد الوهاب، وأصبغ وتأويل بعضهم على الكتاب أن الرهن شاهد على الذمة، يلزم به صاحب الرهن في قيامه وتلفه كما يلزم ما أقر به ولو كان الرهن على قوله - هنا - شاهدا على الذمة لم يجبر ربه على فكه أو تركه بل كان يلزمه شاء أو أبى كما يلزمه في الدين الذي يتفقان عليه، ولكنه إنما تعلق حقه بعينه، فإذا فداه بما ادعاه المرتهن لم تبق له حجة، وإن أبى لم يلزم صاحبه فداؤه؛ إذ لم يلزم شيئا في الذمة، وإنما تعين حقه بعين الرهن، إلا أن يرجع أحدهما إلى قول الآخر ويتفقا على شيء، وعلى هذا اختلف هل يلزم الراهن اليمين، ويسقط عنه تكلف بيعه إذا كلفه ذلك المرتهن، وقال: أنا لا أتكلف بيعه؟ فقيل: يحلف الراهن أنه ما رهنه إلا فيما أقر به، ويسلم الرهن.

وقيل: لا يمين عليه؛ إذ لا يلزمه تكلف بيعه ولا على المرتهن في ذلك كبير مشقة؛ لأن الاستحقاق والموت من الطوارئ، وقد رجح بعض شيوخنا هذا القول والأصح عندي أنه لا بد من يمين الراهن ليسقط الطلب عن ذمته على القول بتعلقه بالذمة أو للخلاف في ذلك، ولم يختلف في أيمانهما معا، إذا كانت قيمة الرهن دون ما ادعاه المرتهن، وفوق ما أقر به الراهن.

وكذلك اختلف في صفة اليمين في هذه المسألة، فقال في المدونة: (لا يصدق المرتهن يريد في الزيادة وعلى الراهن اليمين فإذا حلف برئ مما زاد على قيمة الرهن)، ولم يتكلم - هنا - على يمين المرتهن =

قال[1] مالك في الموطأ: إن[2] قال الراهن: في عشرة، والمرتهن في عشرين، وقيمة الرهن عشرون؛ حلف المرتهن، ثم كان له أن يأخذ[3] الرهن بحقه، وكان أولى به لحيازته إياه، إلا أن يشاء الراهن، أن يعطيه حقه الذي حلف عليه ويأخذ رهنه[4].

وفي كتاب تفسير القسم لابن عبدوس: إن شاء الراهن أن يعطيه ما ذكر المرتهن، وإلا بعت الرهن، ودفعت إليه من ثمنه ما ذكر من ذلك[5].

قال[6] ابن القاسم في المستخرجة: إن كانت قيمته خمسة عشر؛ لم يكن للراهن أن يأخذها ويدفع خمسة عشر حتى يدفع العشرين، ولو بذله المرتهن بخمسة عشر؛ لم يجبر =

ولا إشكال في يمينه قبل الراهن؛ ليصحح دعواه ويمينه في مبلغ قيمة الرهن فاكتفى بجوابه في المسألة قبلها، إذا ادعى قيمة الرهن. وفسر المسألة وبينها مالك فقال في الموطأ: يحلف المرتهن على ما ادعى من دينه.

ويقال للراهن: إما أن تعطيه ذلك، وتأخذ رهنك أو تحلف على ما قلت أنك رهنته به، ويبطل عنك ما زاد المرتهن، فإن لم يحلف لزمه غرم ما حلف عليه المرتهن. وقال محمد: المرتهن مخير بين أن يحلف على دعواه أو على قيمة الرهن ، وذهب بعض القرويين إلى أنه إنما يلزم الحلف المرتهن على قيمة الرهن التي شهدت له لا على غيرها، كما لو ادعى عشرين فشهد له شاهد بخمسة عشر، فإنه يحلف مع شاهده، وما قاله مالك وأصحابه يخالفه، ولا يشبه الرهن الشاهد؛ لأن الرهن متعلق بجميع الدين والشاهد لا تعلق له بشيء منه إلا بما يشهد به.

وقوله في المدونة: (إذا أدى قيمة رهنه إن أحب) ؛ ظاهره مثل قول ابن نافع وخلاف ما روى يحيى عن ابن القاسم أنه لا يأخذ رهنه إلا أن يدفع عشرين ولا للمرتهن أن يلزمه الرهن بخمسة عشر، ولا يجبر على أخذه إلا أن يرضى المرتهن بعشرة، وهذا أصل لأَشْهَب، وهو أبين في أنه إنما هو رهن بنفسه فقط، وشاهد على نفسه لا على ذمة الغريم. اهـ، انظر: التنبيهات المستنبطة: 2292، وما بعدها.

(1) في (ن): (وقال).

(2) في (ش) و(ح) و(ن): (له).

(3) في (ش) و(ح) و(ن): (يأخذه).

(4) انظر: الموطأ: 732/2.

(5) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 231/10.

(6) في (ن): (وقال).

الراهن على أخذه، إلا أن يرضى له[1] المرتهن بعشرة، وإلا بقي للمرتهن[2].

وقال ابن نافع: للراهن أخذه إن أغرم[3] خمسة عشر إذا شاء ذلك، ولا حجة للمرتهن، وهو تفسير قول مالك في موطئه[4].

ومن غير كتاب ابن عبدوس: وإنما ينظر إلى قيمته يوم الحكم إذا كان الرهن قائماً، وأما إن هلك الرهن[5]، فإنما[6] ينظر إلى قيمته يوم قبضه، ويصدق في قيمته مع يمينه، ويصدق من دعواه في الحق إلى مبلغ ذلك، وهي في الموطأ مفسرة[7].

وهذا فيما يغاب عليه ويضمنه، وأما[8] ما لا يضمنه فإذا هلك لم تكن قيمته شاهدا للمرتهن وإن علمت قيمته بالبينة، وكذلك ما قامت بينة بهلاكه مما يغاب عليه، قاله ابن القاسم في المستخرجة[9].

محمد: وإذا[10] كان على يدي[11] عدل فهلك؛ فلا تكون قيمته كشاهد، ولا يلزم الراهن إلا ما أقر به، فإن كان أقل من قيمته، وكذلك إن هلك بيده، وكان مما لا يضمنه.

قال ابن القاسم: فإن[12] قال المرتهن: رهنتنيه[13] في مائة دينار، وقال الراهن:

---

(1) في (ن): (به).

(2) انظر: البيان والتحصيل، لابن رشد: 96/11.

(3) قول: (إن أغرم) يقابله في (ف2): (وغرم)، والمثبت موافق لما في عقد الجواهر: ص 781.

(4) في (ن): (موطأه).

(5) قوله: (الرهن) زيادة من (ن).

(6) في (ن): (وإنما).

(7) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 230/10.

(8) في (ن): (فأما).

(9) قوله: (ومن غير كتاب... في المستخرجة) جاء متأخراً في (ف2) بعد عبارة: (قال ابن القاسم: فإن قال).

(10) في (ف2): (فإن).

(11) في (ن): (يد).

(12) في (ن): (وإن).

(13) في (ن): (رهنته).

المائة لك علي ولم أرهنكه إلا بخمسين، فالقول قول المرتهن إلى مبلغ قيمة الرهن، فإن لم يسوِ إلا خمسين، فعجل الراهن خمسين قبل الأجل ليأخذ رهنه، وقال المرتهن: لا أسلمه حتى آخذ المائة، فللراهن أخذ رهنه إذا عجل الخمسين[1] قبل أجلها، وتبقى خمسون بغير رهن، فكما لو أنكرها لم يلزمه، فكذلك لا يلزمه[2] بقاء رهنه في أكثر من قيمته[3].

قال[4] أشهب: ليس ذلك له إلا أن يدفع[5] المائة التي أقر بها.

وإذا كانت[6] له عليه مائتان، فرهنه بمائة رهناً، ثم قضاه مائة، ثم قال: هي التي فيها الرهن، وقال المرتهن: هي التي لا رهن [(ش: 81/ب)] فيها، وقامت الغرماء ولم[7] يقوموا، فإن المائة تكون[8] نصفها للمائة[9] الرهن، ونصفها للمائة الأخرى، يريد بعد التحالف.

قال أشهب: القول قول المرتهن؛ لأنه مدعى عليه[10].

قال[11] ابن القاسم: وإذا كان بيد المرتهن عبدان[12]، فادعى أنهما رهن بألف، وقال الراهن: رهنتك بالألف أحدهما، وأودعتك الآخر؛ فالقول قول المرتهن[13].

---

(1) في (ن): (بخمسين).

(2) في (ن): (تلزمه).

(3) انظر: المدونة: 9/266، 267.

(4) قوله: (قال) ساقط من (ن).

(5) قوله: (أن يدفع) يقابله في (ن): (بدفع).

(6) في (ن): (كان).

(7) في (ن): (أو لم).

(8) في (ن): (يكن).

(9) في (ن): (المائة).

(10) انظر: المدونة: 9/263، 264.

(11) قوله: (قال) ساقط من (ن).

(12) في (ف2) و(ن): (عبدين).

(13) في (ن): (الراهن).

يريد: ويحلف.

ولو كان نمطٌ وجُبة فهلك النمط، وقال[1] المرتهن: أودعتنيه[2] والجبة رهن[3]، وقال الراهن: النمط رهن والجبة وديعة، فكل واحد مدع على صاحبه، فلا يصدق الراهن في تضمين المرتهن لما هلك، ولا يصدق المرتهن أن الجبة رهن، ويأخذها ربها، يريد ويحلفان[4][5].

وإن ادعيت في سلعة أو أمة في يدي أنها رهن، وقال ربها: بل عارية أو وديعة؛ فالقول قول ربها ويحلف، وإذا ضاع الرهن عند المرتهن، فاختلفا في قيمته تواصفاه، فإن اختلفا صدق المرتهن في الصفة مع يمينه، وتقوم تلك الصفة، ثم إن اختلفا في الدين[6]، فالقول قوله إلى مبلغ قيمة تلك الصفة، ولو كان بها[7] لا يضمنه، لم يكن[8] قيمته شاهداً[9] للمرتهن في دينه.

قال ابن القاسم: وإن رهنه ثوبين فضاع أحدهما، فاختلفا في قيمته؛ صدق المرتهن مع يمينه، ويسقط من الدين مبلغ قيمة الثوب الذاهب[10].

وإن قال الراهن: لم يحل الأجل، وقال المرتهن: قد حل؛ صدق الراهن؛ لأن المرتهن مقر بأجل يدعي حلوله، إلا أن يدعي الراهن ما لا يشبه من الأجل، وإما[11]

---

(1) في (ن): (فقال).

(2) في (ن): (أودعتني النمط).

(3) في (ن): (الرهن).

(4) انظر: المدونة: 9/286، 287.

(5) في (ن): (ويحلف).

(6) في (ن): (الصفة).

(7) في (ن): (مما).

(8) في (ن): (تكن).

(9) في (ن): (كشاهد).

(10) انظر: المدونة: 9/285.

(11) في (ن): (وأما).

إن قال: هذا الدين حال، وقال الآخر: مؤجل؛ فقد بيناه في البيوع الأول[1].

قال أشهب: القول قول المرتهن في الأجل كما يصدق إن[2] قال حالاً[3].

وإن ادعى بائع الرهن بأمر القاضي أنه باعه، ودفع الثمن إلى المرتهن فأكذبه؛ صدق المرتهن، كمأمون[4] يدفع مالاً[5] إلى رجل يدعي أنه دفع، ولو قال: بعت[6] بمائة وقضيتكها، وقال المرتهن: بعت[7] بخمسين وقضيتنيها؛ ضمن العدل الخمسين [(ش: 82/أ)] الباقية بإقراره أنه[8] باع بمائه[9]، كمن قبض مائة ليدفعها إلى فلان، فقال: قد دفعتها، وقال فلان: لم أقبض إلا خمسين[10].

قال أشهب: لا يضمن الخمسين الباقية للمرتهن، لأنه أقر أنه[11] بخمسين باع، ولكن يضمنها للراهن، - يريد ولا يكون المرتهن أحق بها في قيام الغرماء عنده[12] -، ولو قال المرتهن: لا أدري بكم باع؟، ولم يدفع إلي[13] إلا خمسين؛ لكان له قبض الخمسين الباقية منه، ويكون أولى بها من الغرماء[14].

---

(1) قوله: (فقد بيناه في البيوع الأول) يقابله في (ف2): (ففي البيوع الأول بيانه)، قوله: (الأول) ساقط من (ن).

(2) في (ن): (من).

(3) قوله: (قال أشهب: القول قول المرتهن في... حالا) زيادة من (ش).

(4) في (ن): (كمأمور).

(5) قوله: (مالاً) ساقط من (ن).

(6) في (ن): (بعته).

(7) في (ن): (بعته).

(8) في (ن): (وأنه).

(9) في (ن): (بمائة).

(10) انظر: المدونة: 9/258، 259.

(11) قوله: (أنه) ساقط من (ن).

(12) قوله: (عنده) ساقط من (ن).

(13) قوله: (إلي) زيادة من (ن).

(14) انظر: منتخب الأحكام، لابن أبي زمنين: 1/352، 353.

ومن كتاب[1] البيوع الفاسدة، قال[2] ابن القاسم: وإن تكفلت عن رجل على أن يرهنك عبده، ثم امتنع؛ جبر على دفعه إليك[3].

وإن باع سلعة لرجل، فقال[4]: بذلك أمرتني، وقال ربها: أمرتك أن ترهنها لي، فالقول قول الآمر فاتت أو لم تفت، يريد بخلاف اختلافهما فيما أمره به من[5] الثمن.

محمد عن مالك: ومن أرسل رسولاً يرهن له ثوباً، وقال: أمرته أن يرهنه بخمسة ووصلها[6] إلي، وقال الرسول: خمسة عشر، وقال المرتهن: في عشرين وقيمة الثوب عشرة، فإنه[7] يحلف المرتهن، ثم صاحب الثوب، ثم يغرم ربه عشرة، وهي قيمة الثوب، ثم يحلف الرسول يمينين يميناً لرب الثوب لقد وصل إليه عشرة، ويميناً للمرتهن ما أرهنه عنده إلا في خمسة عشر، ويغرم خمسة.

وإن قال ربه: خمسة، وقال المرتهن عشرة، وصدق الرسول أحدهما، فإن المرتهن يحلف، وتكون له عشرة إن كان الثوب يساويها[8]، ولا يأخذ ربها[9] حتى يدفع العشرة، محمد: أو قيمته، ويكون له الرجوع على الرسول، إلا أن يدعي الرسول أنه وصل إليه العشرة، فيحلف ويبرأ، أو ينكر الرسول أن يكون أخذ في الثوب إلا خمسة، فيحلف ويبرأ، وتكون مصيبة[10] تمام العشرة من رب الثوب[11].

---

(1) قوله: (كتاب) ساقط من (ن).

(2) قوله: (قال) ساقط من (ن).

(3) قوله: (ومن كتاب البيوع...على دفعه إليه) جاء متأخراً في (ف2) بعد عبارة: (وإن باع سلعة لرجل... به من الثمن)، وانظر المسألة في: المدونة: 7/85.

(4) في (ن): (وقال).

(5) في (ن): (في).

(6) في (ف2): (يوصلها).

(7) في (ش) و(ح) و(ن): (فإن).

(8) في (ن): (يسواها).

(9) قوله: (يأخذ ربها) يقابله في (ن): (يأخذه ربه).

(10) في (ن): (مصيبته).

(11) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 10/236 و 237.

في الأب والوصي يرهنان عن من يليانه، والمأذون والمكاتب والمقارض[1] يرهنون[2]، وتظالم أهل الذمة في الرهان

وللوصي أن يرهن من متاع اليتيم رهناً فيما يبتاع له لمصالحه، كما يتداين عليه.

ولا يدفع أحد الوصيين رهناً من التركة إلا بإذن صاحبه، وإن اختلفا؛ نظر الإمام، وكذلك البيع والنكاح.

وللوصي أن يسلف الأيتام، ويرجع عليهم إن كان لهم يوم السلف عرض أو عقار، فإن لم يكن لهم يوم السلف مال؛ لم يرجع عليهم بشيء، وليس له أن يأخذ عروضهم بما أسلفهم رهناً، ولا يكون أحق به[3] من الغرماء؛ لأنه حائز[4] من نفسه لنفسه.

وإن رهن الأب من متاع ابنه الصغير في دين على الأب لم يستدنه للولد؛ لم يجز الرهن، لأنه لا يجوز له أخذ مال ولده من غير حاجة.

ولا بأس أن يشتري الأب [(ش: 82/ب)] أو الوصي لبعض من يليان[5].

وللمكاتب والمأذون أن يرهن ويرتهن.

وقد تقدم ذكر الرهن[6] بالكتابة ويحكم بين أهل الذمة في تظالمهم في الرهان.

وإذا اشترى المقارض بجميع المال عبداً، ثم اشترى عبدا آخر بدين، ورهن فيه الأول؛ لم يجز ذلك.

---

(1) قوله: (والمقارض) ساقط من (ن).

(2) في (ن): (يرهنان).

(3) في (ن): (بها).

(4) في (ن): (لا يكون حائزاً).

(5) في (ن): (يليا بعض).

(6) في (ش) و(ح): (الراهن)، وفي (ن): (الرهن).

قال[1] أشهب: إن اشترى الثاني لنفسه؛ فلا رهن في الأول[2]، وليأتيه برهن غيره، إلا أن يعلم المرتهن أنه[3] لغيره، فلا رهن له، وإن اشتراه للقراض؛ فلرب المال أن يخير، فيصير رهناً أو يرد، فيسقط الرهن[4].

تم كتاب الرهون بحمد الله وعونه

وصلى الله على محمد نبيه وسلم

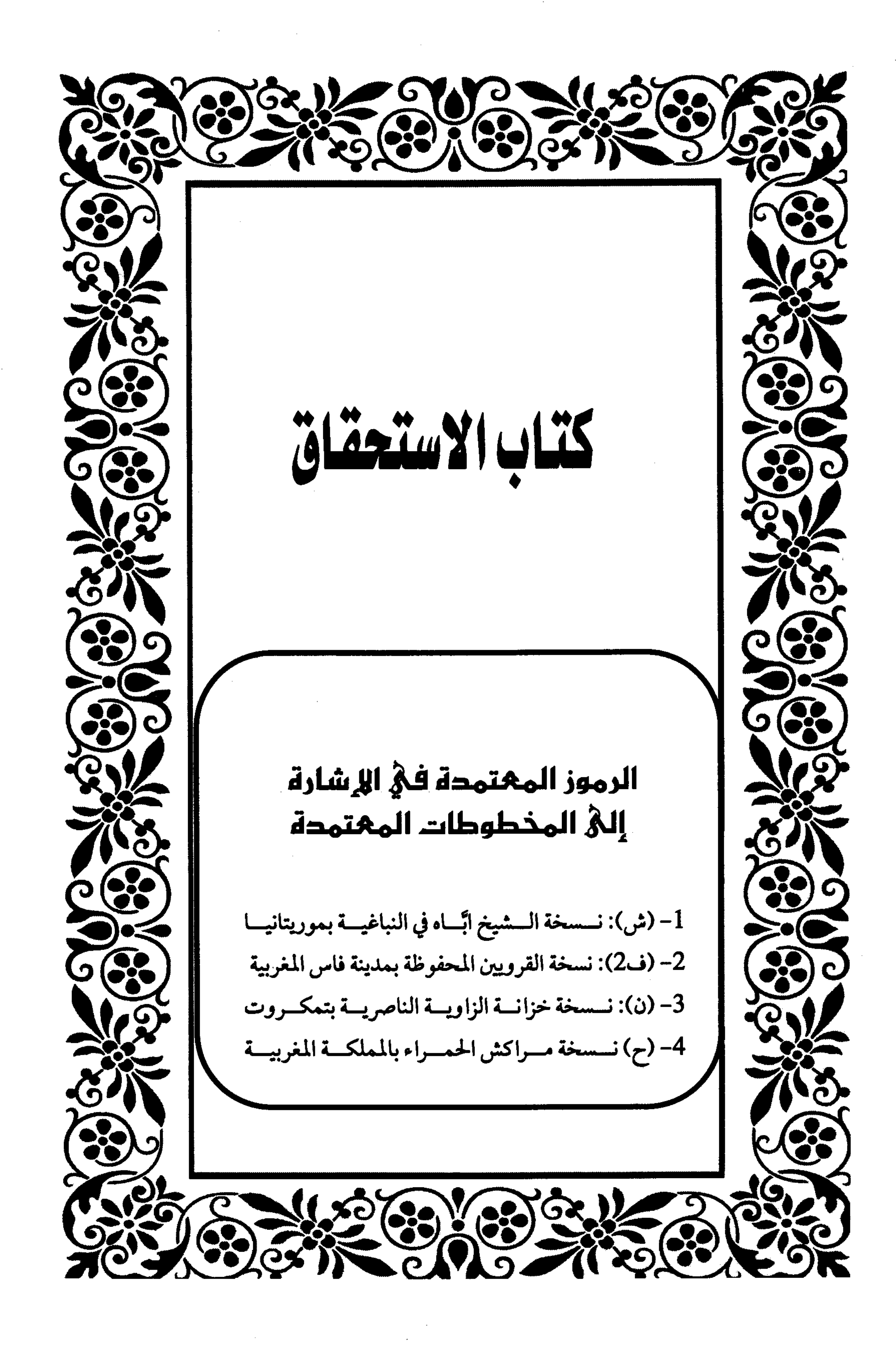


(1) في (ن): (وقال).

(2) قوله: (في الأول) يقابله في (ن): (للأول).

(3) قوله: (أنه) زيادة من (ن).

(4) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 240/10.



كتاب الاستحقاق

الرموز المعتمدة في الإشارة إلى المخطوطات المعتمدة

1- (ش): نسخة الشيخ ابَّاه في النباغية بموريتانيا

2- (ف2): نسخة القرويين المحفوظة بمدينة فاس المغربية

3- (ن): نسخة خزانة الزاوية الناصرية بتمكروت

4- (ح) نسخة مراكش الحمراء بالمملكة المغربية



كتاب[1] الاستحقاق

جامع القضاء فيما يستحق من ثمن أو مثمون أو بعض ذلك في بيع أو صلح أو نكاح أو خلع أو كراء أو غيره

قال ابن القاسم: والقضاء في الدنانير والدراهم إذا استحقت في البيع أنه[2] لا ينتقض[3]؛ لأنها أثمان لا تراد لعينها، إذ[4] سائر المثمونات تراد لأعيانها.

ولو شرطت للبائع منك في البيع دراهم[5] معينة؛ كان لك أن تعطيه غيرها؛ لأن البيع بها واقع على صفة لا على معين معلوم، وكذلك إن استحق من السلع المضمونة بصفة شيء رجعت بمثله بخلاف المعينات[6].

فمن أسلم دنانير في طعام أو غيره فاستحقت[7]؛ فالسلم تام وعليه مثلها، وكذلك الدراهم والفلوس.

ولو أسلمت عرضاً، أو حيواناً، أو شيئاً مما يكال أو يوزن، من طعام أو عرض[8] فيما يجوز أن تسلمه فيه، فاستحق ما دفعت، فإن السلم[9] ينتقض، وكذلك ينتقض البيع الناجز.

فإن ابتعت عرضاً بعرض، ثم استحق أحد العرضين؛ انتقض البيع، ورجع من

---

(1) في (ح): (اختصار كتاب).
(2) في (ن): (أنها).
(3) في (ن): (تنتقض).
(4) في (ح) و(ن): (و).
(5) في (ح): (دراهما).
(6) انظر: المدونة: 9/ 393 و394.
(7) في (ح): (واستحقت).
(8) في (ح): (عروض).
(9) قوله: (فإن السلم) يقابله في (ح): (فالسلم).

استحق ذلك من يده على صاحبه بعرضه فأخذه[1]، فإن فات بتغير في بدن أو سوق رجع[2] بقيمته[3].

وإن[4] كان العرض الذي يرجع به مما يكال أو يوزن، أو كان طعاماً يكال أو يوزن؛ أخذته، وإن حال سوقه إلا أن يفوت أو يتغير في عينه؛ فيرجع[5] بمثله.

وإن استحق ما قبضت[6] من طعام ابتعته[7] أو سلعة أو عبد، فإن كان مضموناً؛ رجعت بمثله في صفته التي شرطت، لا ينظر إن زاد عندك أم نقص، وإن كان من بيع ناجز انتقض البيع.

ومن كتاب آخر: وكذلك من[8] ابتاع طعاماً بعينه على الكيل، فهلك بعضه قبل كيله؛ بطل البيع فيما هلك [(ش: 83/أ)]، فإن بقي جل الصفقة لزم البيع فيه، ولو بقي أقلها لم يلزم ذلك المشتري إلا أن يشاء التماسك به بحصته من الثمن

ومن ابتاع إناء فضة بدنانير أو بدراهم فاستحقت انتقض البيع؛ لأنه صرف.

يعني ولأن[9] الصرف لا يتأخر.

وكذلك[10] من صرف ديناراً بدراهم[11] فاستحقت[12]؛ فالصرف منتقض[13].

---

(1) في (ش): (فيأخذه).

(2) في (ن): (روجع).

(3) انظر: المدونة: 9/393 و394.

(4) في (ن): (فإن).

(5) في (ن): (فترجع).

(6) في (ف2): (قبضته).

(7) في (ن): (أو بعته).

(8) في (ن): (إن).

(9) قوله: (يعني ولأن) يقابله في (ن): (و).

(10) في (ش): (ولذلك).

(11) في (ش): (بدرهم).

(12) في (ش): (فاستحق).

(13) في (ف2): (ينتقض).

قال[1]: ولو استحقت ساعة صرفها، فأعطاه صاحبه مثلها[2] مكانه؛ فذلك جائز، وإن تأخر ذلك وافترقا؛ لم يجز[3].

ومسألة الخلخالين موعبة في اختصار الصرف.

وكل ما ابتعته بعينه مما يكال أو يوزن من طعام أو عرض، فاستحق من يدك جميعه؛ فلك الرجوع بجميع الثمن، ولو استحق يسير منه؛ فإنك ترجع بحصة ذلك من الثمن، وفي المضمون ترجع[4] بمثله.

ومن اكترى أرضاً بعبد[5]، فاستحق العبد، أو بما يوزن من نحاس أو حديد بعينه يعرفان[6] وزنه، ثم[7] يستحق[8] ذلك، فإن كان قبل أن يزرع أو يحرث انفسخ الكراء، وإن كان قد زرع أو أحدث فيها[9] عملاً؛ فعليه قيمة كراء الأرض[10].

---

(1) قوله: (قال) زيادة من (ح).

(2) قوله: (صاحبه مثلها) يقابله في (ش)، و(ح): (صاحبها مالها).

(3) انظر: المدونة: 9/ 398.

(4) في (ش) و(ف2): (يرجع).

(5) في (ش): (بعبده).

(6) في (ف2): (فعرفا) وفي (ن): (يعرفا).

(7) في (ش): (بها).

(8) في (ن): (استحق).

(9) في (ن): (فيه).

(10) انظر: المدونة: 9/366.

قال عياض: وقوله: [(إن اكتريت أرضا بعبد أو ثوب، فاستحق، إن كان استحقاقه قبل أن يزرع الأرض أو يحرثها أو يكون عمل فيها عملا، انفسخ الكراء، وإن كان بعدما أحدث فيها عملا أو زرعها، فعليه مثل كراء تلك الأرض)].

وهو بين أن نفس الحراثة وإن لم يزرع فوت وللمكري كراء المثل، كما لو زرعت ولا يختلف أن ذلك كله فوت بين المكري والمكتري.

وإن أجاز مستحق الثوب الكراء وسلم الثوب كان أحق بتلك الأرض ما لم تقلب وتحرث؛ لأنها ثمن ثوبه، وكذلك لو كانت زرعت، جاز وكان له كراء المثل الذي استوجبه ربها قبل المكتري.

واختلف إذا حرث المكتري ولم يزرع، هل هو فوت بين المستحق والمكتري، كما لو زرع أو ليس

ومن باع عرضاً بعرض ناجز[1]، فاستحق ما بيد أحدهما؛ فليرجع على[2] الآخر بعرضه[3] إن وجده، وإلا رجع بقيمته أو المثل في ما له مثل[4]، وكذلك في الرد بالعيب.

ولا يرجع بقيمة المستحق أو المعيب إلا فيمن نكح به أو خالع أو صالح به من[5] دم عمد؛ فإنه في هذه الوجوه يرجع من المستحق[6] ذلك من يده بقيمة ما قبض لا ما عاوض به[7]، لأن ما عاوض به لا قيمة له تعلم.

وكذلك إن كان ما قبض عبداً[8] استحق[9] بملك أو بحرية.

قال المغيرة: إن[10] استحق ذلك بيد[11] الزوجة بحرية؛ رجعت بصداق المثل[12].

قال[13] ابن القاسم: وإذا قال لك[14] رجل: أشتري منك عبدَك هذا بعشرة أثواب إلى أجل، فالعبد رأس المال، ولا أنظر إلى ما[15] سمى نفسه بائعاً منكما، فإن

=

بفوت وله الإجارة وأخذ الأرض بعد أن يدفع قيمة الحرث؟.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2347.

(1) في (ن): (ناجزين).

(2) قوله: (على) زيادة من (ن).

(3) في (ن): (في عرضه).

(4) قوله: (مثل) زيادة من (ن).

(5) في (ف2): (عن).

(6) في (ن): (استحق).

(7) قوله: (لا ما عاوض به) ساقط من (ف2) و(ن).

(8) في (ش): (عندما).

(9) في (ن): (فاستحق).

(10) في (ن): (من).

(11) في (ن): (يد).

(12) انظر: النوادر والزيادات: 10/419.

(13) قوله: (قال) زيادة من (ن).

(14) قوله: (لك) زيادة من (ن).

(15) في (ن): (من).

استحق العبد؛ بطل السلم.

ولو أسلمت عبداً أو ثوباً في طعام إلى أجل، وفي دراهم إلى أجل أبعد منه، فاستحق نصف العبد أو نصف الثوب؛ فالذي عليه الطعام مخير في رد باقي العبد أو الثوب، وينتقض السلم، أو التماسك[1] بنصفه، ويلزمه نصف الطعام، ونصف الدراهم[2].

وكل من ابتاع عبداً أو أمةً أو ما يدخله ضرر الشركة، فما[3] استحق منه من جزء قلَّ أم[4] كثر؛ فله نقض البيع للضرر في منع وطء الأمة، والسفر بالعبد ونحو ذلك، وهو لا ينقسم، وله الرضا بباقيه، والرجوع بحصة المستحق من الثمن.

محمد: فأما جماعة رقيق يستحق منهم جزء شائع، فإن أخرجه القسم فهو كاستحقاق رأس[5] بعينه، وإن لم يخرجه القسم فهو كاستحقاق بعض[6] عبد[7].

قال[8] ابن القاسم: ومن ابتاع عبدين، فاستحق أحدهما فإن كان وجه الصفقة، - محمد: مثل أن يقع له أكثر من نصف الثمن - فله ردهما، وإن لم يكن وجهها[9] لزمه الباقي، ورجع بحصة المستحق من الثمن بعد التقويم[10].

محمد: فإن كان الثمن ما لا ينقسم؛ رجع بقيمة الحصة التي قابلت منه المستحق.

ابن القاسم: وأما إن أسلم ثوبين في فرس، فاستحق وجه الثوبين،

---

(1) في (ن): (التمسك).

(2) انظر: المدونة: 9/395 و396.

(3) في (ن): (فيما).

(4) في (ن): (أو).

(5) في (ش): (بعض رأس).

(6) قوله: (بعض) ساقط من (ش).

(7) انظر: النوادر والزيادات: 10/424.

(8) قوله: (قال) ساقط من (ن).

(9) في (ن): (وجههما).

(10) انظر: المدونة: 9/384 و385.

[(ش: 83/ب)] بطل السلم[1]، وإن كان الأدنى؛ رده ورجع بقيمته[2].

وروى محمد: أنه يرجع بحصته من قيمة الفرس في صفته إلى أجله[3].

---

(1) قال عياض: ومسألة: [(سلم الثوبين في فرس يستحق أحدهما، إن كان الثوبان وجه الصفقة انتقض السلم)].

كذا روايتنا في كثير من النسخ، وفي بعضها [(إن كان الثوبان متكافئين أو وجه الصفقة انتقض السلم)].

حوق على قوله: متكافئين في كتاب ابن عتاب، وعلى إسقاطه اختصر المسألة أكثر المختصرين.

ولم يكن في كتاب ابن المرابط، وعلى الرواية الأخرى يكون خلاف ما له في كتاب العيوب وأنه لا ينتقض.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2363 و2364.

(2) انظر: المدونة: 9/397.

قال عياض: وقوله: [(وإن كان تافها ليس من أجله اشترى كان عليه قيمة ما استحق وثبت السلم)].

اختلف في تأويل ذلك، فحمله كثير من المختصرين والشارحين على قيمة ذلك المستحق من الثوبين.

وحمله آخرون على أن معناه حصة ذلك من قيمة الفرس إلى أجله، وهو مذهب محمد بن المواز، وفي سماع عيسى نحوه.

قال: يرجع بقيمة الدابة، ولا يكون معه شريكا فيها، وحمله حمديس أنه ينتقض من السلم بقدر ما استحق، فيكون بذلك في الفرس ربه شريكا، وإليه ذهب سحنون.

وقال بعضهم: هذا على قول أشهب لا على قول ابن القاسم الذي يراعي ضرر الشركة.

ثم اختلف في صفة التقويم، فقال محمد: إلى أجله.

قال التونسي: كذا يقوم، حل الأجل أو لم يحل.

وقيل: إذا حل قوم حالا.

وقال اللخمي: المعروف من قول مالك وابن القاسم أنه يرجع بقيمة ما أسلم فيه في قيمة ما بيده من الفرس، فإن تأخر الحكم بالقيمة بعد الاستحقاق حتى حل الأجل أخذ الفرس ودفع قيمة ما رجع فيه من الفرس يوم يأخذه، وإن كان قبل حلول الأجل كان المسلم بالخيار، بين أخذه قيمة ذلك على أن يقبضه إلى بقية أجله، وإن أحب أمهل حتى يحل الأجل ويقع التقابض، فيدفع القيمة حالة، وإن كان الاستحقاق بعد الأجل وقبض الفرس، كانت عليه القيمة حالة يوم القبض.

انظر: التنبيهات المستنبطة: ص 2364، وما بعدها

(3) انظر: النوادر والزيادات: 10/424.

وروى عيسى عن ابن القاسم فيمن اشترى دابة بثوبين قيمتها سواء، فاستحق أحدهما قال: يرجع بنصف قيمة الدابة فاتت أو لم تفت[1].

ومن ابتاع ثياباً كثيرة، أو صالح بها من دعواه، فاستحق بعضها قبل قبضها أو بعده، فإن لم يكن ذلك وجهها وكان أقلها؛ رجع بحصته من الثمن، ولزمه الباقي بحصته.

وإن[2] كان وجه الصفقة؛ انتقض ذلك كله ورد ما بقي، ثم لا يجوز أن يتماسك بما بقي بحصته من الثمن، إذ لا يعرف[3] حتى يقوّم[4]، وقد وجب الرد فيه، فصار بيعاً مؤتنفاً بثمن مجهول.

ولو كان ما ابتاع مكيلاً أو موزوناً، فإن استحق القليل منه؛ رجع بحصته من الثمن، ولزمه ما بقي، وإن كان كثيراً؛ فهو مخير في[5] أن يحبس ما بقي بحصته من الثمن أو يرد، وكذلك في جزء شائع مما لا ينقسم؛ لأن حصته من الثمن معقولة قبل الرضا به.

ومن ابتاع صبرة من[6] قمح، وصبرة شعير جزافاً في صفقة بمائة دينار، على أن لكل صبرة خمسين، أو ثياباً، أو رقيقاً، على أن لكل عبد أو ثوب من الثمن كذا وكذا، فاستحق إحدى الصبرتين، أو أحد العبيد أو الثياب، فإنه يرجع بحصة ذلك من الثمن بعد أن يعلم بالقيمة ما حصة ذلك مما بقي، ولا أنظر إلى ما سميا من الثمن.

ولو اشترى صبرة القمح، وصبرة الشعير على الكيل، على أن كل قفيز بدينار؛ لم يجز البيع[7].

---

(1) انظر: النوادر والزيادات: 10/423.

(2) في (ن): (فإن).

(3) في (ن): (تعرف).

(4) في (ن): (تقوم).

(5) قوله: (في) ساقط من (ن).

(6) قوله: (من) ساقط من (ن).

(7) انظر: المدونة: 9/382، وما بعدها.

ومن غير المدونة: فإن[1] قال: عشرة أقفزة من هذه، وعشرة من هذه كل قفيز بدينار جاز.

قال:[2] ومن صالح من عيب بعبد ابتاعه على عبد آخر -يريد بعينه- جاز ذلك، وكأنها في صفقة واحدة[3]، فإن استحق أحدهما، فإنه يفضّ[4] الثمن كما ذكرنا[5].

ومن باع[6] عبداً بعبد، فاستحق أحدهما من يد مبتاعه بملك أو بحرية أو رده بعيب؛ فإنه يرجع في عبده الذي أعطى، فيأخذه إن وجده.

فإن فات بعتق أو كتابة أو تدبير أو بيع أو كانت أمة فولدت أو زوجت، وقد قبض لها مهراً أو لم يقبض، أو فات العبد أو الأمة بتغير بدن أو سوق، فذلك كله فوت يوجب له قيمة العبد أو الأمة يوم الصفقة، ولا يجتمع لأحد في مثل هذا خيار في أخذ سلعته أو تضمينها[7].

ولو أعتق أحدهما العبد الذي أخذ، فاستحق نصف العبد الآخر، فللذي استحق من بيده[8] نصف العبد حبس النصف[9] الباقي، والرجوع بنصف قيمة عبده أو رد هذا

---

(1) في (ن): (ولو).

(2) قوله: (قال) زيادة من (ف2).

(3) قوله: (واحدة) زيادة من (ن).

(4) في (ف2): (نقض).

(5) قال عياض: وقوله: [(في الذي يبتاع عبدا ثم يطلع على عيب فيصالحه على عبد آخر ثم يوجد بأحدهما عيب، سبيلها سبيل ما ابتيع في صفقة واحدة)]، ينظر إلى الأكثر في الصفقة.
قيل: إنما ينظر إلى قيمتهما جميعا يوم الصلح؛ لأنه يوم تمام القبض فيهما، ولا يفترق النظر فيهما قاله أبو عمران.
وقيل: بل ينظر إلى الأول يوم بيعه وللثاني يوم الصلح، وإليه ذهب غيره، انظر: التنبيهات المستنبطة: ص 2363.

(6) في (ن): (ابتاع).

(7) انظر: المدونة: 9/387 و388.

(8) في (ف2): (يده).

(9) في (ن): (نصفه).

النصف، وأخذ قيمة عبده[1] لفوته بالعتق[2].

فأما من ابتاع عبداً فباع نصفه، ثم اطلع[3] على عيب[4] فمذكور في اختصار[5] التدليس.

ومن [(ش: 84/أ)] كتاب القسم قال: ومن ابتاع عبداً فباع نصفه، ثم استحق رجل ربع جميع العبد، فقد جرى الاستحقاق فيما بيع منه وفيما بقي، ومن قول مالك فيمن ابتاع عبداً كاملاً، فاستحق أيسره؛ أن له رده كله لضرر الشركة فيه[6].

قال ابن القاسم: فالمستحق في مسألتك يأخذ الربع من جميعه مما باع المبتاع ومما[7] أبقي، ثم للمبتاع الثاني أن يرجع من ثمنه على بائعه بقدر ما استحق من العبد من حصته، أو يرد بقية صفقته إن شاء، ويكون المشتري الأول[8] مخيراً أيضاً كما وصفنا[9].

قال: سحنون: هذا خطأ، وإنما يقع[10] الاستحقاق فيما أبقى بيده دون ما باع، ويرجع المشتري على بائعه[11] بقدر ما استحق، وليس له أن يرد ما بقي، لأنه قد باع نصف العبد.

ومن الاستحقاق: ومن باع عبداً بثوب، فاستحق الثوب، وقد فات العبد؛ فله

---

(1) في (ش): (عبد).

(2) انظر: المدونة: 9/390.

(3) في (ف2) و(ن): (ظهر).

(4) في (ف2): (عيبه).

(5) قوله: (اختصار) ساقط من (ن).

(6) قوله: (فيه) زيادة من (ن).

(7) في (ن): (أو مما).

(8) في (ش): (فى الأولى).

(9) انظر: المدونة: 10/67 و68.

(10) في (ش): (بيع).

(11) في (ش): (الثاني).

الرجوع بقيمته[1].

وإن استحق العوض[2] في الهبة؛ رجع في هبته إن كانت قائمة، إلا أن يعوضه قيمتها فأكثر كانت القيمة[3] أقل من العوض[4] الأول، أو لم تكن، وإن استحقت الهبة رجع في العوض[5]، إلا أن يفوت في بدن أو سوق فيأخذ قيمته[6].

وهذا كله مذكور في الهبات[7].

ومن ابتاع داراً فاستحق منها بيتاً بعينه، فإن كان أيسر الدار مثل دار عظمى لا يضرها ذلك[8]؛ لزم البيع في بقيتها، ورجع بحصة ما استحق منها، وكذلك النخل الكثيرة يستحق منها النخلات اليسيرة.

وأما إن استحق نصف الدار أو جلها، أو دون النصف مما يضر بالمشتري في صفقته؛ فهو مخير في رد الصفقة أو التماسك[9] بما[10] لم يستحق منها بحصته

---

(1) انظر: المدونة: 9/387.

(2) في (ن): (العرض).

(3) زاد بعده في(ف2) قوله: (أو).

(4) في (ش): (العرض).

(5) في (ش): (العرض).

(6) انظر: المدونة: 9/389.

(7) انظر: المدونة: 10/328.

(8) قال عياض: قوله - هنا - [(يكون دارا فيها من البيوت بيوت كثيرة ومساكن رجال، فلا يضرها ذلك)] يبين معنى المسألة، وأنه أشار إلى مثل الفنادق ودور الخراج التي لا ينفرد الرجل بسكناها وحده، ويوافق ما فسرها به سحنون من أن الدار الكبيرة ذات المساكن إذا استحق منها شيء، وكان الذي اشتراها لا يمكن أن يسكن معه أحد فيها؛ لكثرة عياله، فله ردها كلها، وإن كانت مثل الفناديق فليس له ذلك، إذا كان المستحق منها يسيرا، ونحوه في سماع عيسى عن ابن القاسم لمالك في مراعاة الضرر، وإن كان المستحق العشر.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2349 و2350.

(9) في (ن): (التمسك).

(10) في (ش): (مما).

من الثمن[1].

قال في كتاب القسم: وأرى أنه إذا استحق ثلث الدار -يريد سائغاً[2]- أنه ضررٌ[3] يوجب له رد جميعها إن شاء أو التماسك ببقيتها[4] بحصته من الثمن[5].

يريد ولو استحق بيت من بعض الدار وليست بيسيرة ويجب لها[6] رد الصفقة لكثرتها وليس له حبس ما بقي بحصته؛ لأنه لا تعلم إلا بعد التقويم بخلاف ما يستحق على الأجزاء.

وروى عيسى عن ابن القاسم قال: قلت: فإن استحق من دار اشتراها العشر أنه نقض البيع، قال: ربما كان العشر فيها ضررا وربما لا يضر، ولكن ذلك إلى اجتهاد الإمام فيما يرى ضرراً به ويرد به البيع أو لا يراه ضرراً فيرجعه بحصته من الثمن[7].

قال في كتاب الاستحقاق: وكذلك من اكترى داراً، فاستحق جزء منها إن ذلك كالشراء.

---

(1) قال عياض: ظاهره أن الاستحقاق على غير الأجزاء؛ لأنه إنما تكلم أول المسألة على ذلك.
فإن كان كلامه على الأجزاء فعلى أصله المعلوم؛ لأنه إن أجاز بثمن معلوم وهو ما يقع على الجزء وإن كان على ظاهره وكلامه على البيت والنخلات المعينات، فهو خلاف ما عرف من مذهبه؛ لأنه يجيزها بما يقع عليها من الثمن، وهو مجهول لا يجوز ابتداء حتى يعرف ذلك، هو موافق لما قاله بعد في مسألة العبد في كتاب الشفعة والقسمة وثاني كتاب النكاح، وهو قول ابن حبيب أن ذلك جائز، خلاف ما في كتاب العيوب.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2350 و2351.

(2) قوله: (يريد سائغاً) زيادة من (ف2).

(3) في (ش): (رد).

(4) في (ن): (ببقية ما لم يستحق منها).

(5) انظر: المدونة: 10/73.

(6) قوله: (يريد ولو استحق... ويجب لها) يقابله في (ف2): (وإن استحق بيتاً بعينه وليس بيسير يجب به)، وانظر المسألة في: النوادر والزيادات: 10/423.

(7) قوله: (وروى عيسى عن ابن القاسم قال: قلت: فإن استحق... من الثمن) زيادة من (ن)، وانظر المسألة في: البيان والتحصيل، لابن رشد: 11/180 و181.

قال غيره: ليس كالشراء، وليس له في الكراء التماسك[1] بما يبقي[2] إن استحق الكثير منها، لأن حصة ذلك مجهولة[3].

قال سحنون: يعني إن اختلفت[4] قيمة كراء الشهور، فأما إن لم يختلف فليس ذلك بمجهول[5].

ومن ابتاع سلعة على أن يهبه البائع أو يتصدق عليه، فإن كان شيئاً معلوماً؛ جاز ذلك، فإن استحقت السلعة وفاتت الهبة، فإن الثمن يفض على قيمتها من قيمة الهبة، فيرجع من الثمن بحصة السلعة، يريد كانت السلعة وجه الصفقة، أو لم تكن، إذا كان الثمن عيناً أو كان عرضاً قد فات.

---

(1) في (ن): (التمسك).
(2) في (ف2) و(ن): (بقي).
(3) انظر: المدونة: 9/370.
قال عياض: وقول ابن القاسم - وأرى الدار إذا تكاراها رجل فاستحق منها شيء مثل قول مالك في البيوع.
وقال غيره: لا يشبه الكراء البيوع في مثل هذا، إذا كان الذي استحق النصف أو الجل لم يكن للمكتري أن يتماسك بما بقي؛ لأن ما بقي مجهول)] يشعر أن كلام مالك وابن القاسم في ما تقدم أنه فيما استحق من الكثير على الجزء وإن كان في المعين لم يفرق غيره بين ذلك، واتفقا ولكن علة الجهالة في ذلك كله واحدة.
واعلم أن ابن القاسم لا يخالف غيره على مشهور قوله، إذا نزلت المسألة في الكراء أنه إن كان قبل السكنى والاستحقاق على الجزء أن للمستحق إجازة البيع فيما بقي، اختلفت شهور السنة أو اتفقت.
وكذلك إن كانت شهور السنة متفقة، فجائز على قوليهما أيضا، سكن أو لم يسكن فإن كان قد سكن، والشهور مختلفة وعلم ما يقع لما مضى وما بقي من الكراء، جاز - أيضاً - على قوليهما؛ لانتفاء علة الجهالة، والغرر من هذه الوجوه، فإن لم يعلم ذلك وجهلاه لم يجز ابتداء على قوليهما.
واختلف إذا وقع هل يمضي أم لا؟ على ما تقدم من اختلاف قول ابن القاسم وغيره.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2351 و2352.
(4) في (ش): (اختلف).
(5) انظر: منتخب الأحكام لابن أبي زمنين: 1/289.

وأما[1] لو كان الثمن عرضاً قائماً؛ لافترق وجه الصفقة من غيره[2]، فإن[3] كانت السلعة [(ش: 84/ب)] هي الوجه ردها وقيمة[4] الهبة وأخذ عرضه[5]، وقاله محمد في كتاب العيوب[6].

ومن كتاب الشفعة: إذا كانت لرجل أرض على حدة أو نخل على حدة، فابتاع رجل الأرض والنخل في صفقة، واستحق[7] بعض النخل، فإن كان ما استحق منها وجه صفقته[8]، وفيه رجاء الفضل؛ فله رد جميع ذلك، وإن لم تكن وجه الصفقة؛ كان له رد جميع النخل خاصة، إن كان المستحق منها أكثرها[9].

قال سحنون[10]: لا يرد جميعها، ولكن المستحق منها خاصة.

قال ابن القاسم: وإن[11] كان منها[12] تافهاً، فإنما ينتقض من الصفقة حصة[13] ذلك، ويرجع بما يصيبه[14] من الثمن[15]، وتصح بقية الصفقة.

وإن ابتاع دارين، فاستحق بعض واحدة، وهى ليست بوجه الصفقة[16]، فإن كان

---

(1) في (ش): (فإما) وفي (ن): (فأما).

(2) في (ف2): (هذه).

(3) في (ف2): (إن).

(4) قوله: (ردها وقيمة) يقابله في (ش): (رد قيمة).

(5) في (ف2): (عوضه).

(6) قوله: (وقاله محمد في كتاب العيوب) ساقط من (ش).

(7) في (ن): (فاستحق).

(8) في (ش): (الصفقة).

(9) انظر: المدونة: 9/493.

(10) قوله: (سحنون) زيادة من (ف2).

(11) في (ن): (فإن).

(12) قوله: (منها) زيادة من (ف2).

(13) في (ش): (بحصة).

(14) في (ش): (يصيبها).

(15) قوله: (الثمن) ساقط من (ش).

(16) قوله: (بوجه الصفقة) يقابله في (ش) و(ن): (بوجهها).

ما استحق من هذه الدار تافهاً منها؛ رجع بحصته من الثمن فقط، وإن كان أكثر تلك الدار؛ رد تلك الدار[1] بحصتها من الثمن، ولو كانت وجه الدارين فاستحق أكثرها؛ فله رد الدارين بذلك، فإن[2] استحق تافهاً منها؛ رجع بحصته من ثمن الدارين فقط[3].

قال سحنون: إذا كانت لمستحق[4] أكثرها، وليست[5] بوجه الصفقة؛ لم يرد إلا ما استحق منها فقط[6].

ومن الاستحقاق: ومن ابتاع سلعة بدنانير، فدفع فيها دراهم، ثم استحقت السلعة، فإنما يرجع بما دفع من العين بعضه عن بعض، ولو دفع في الدنانير عرضاً؛ لم يرجع إلا بالدنانير، لأن أخذه العرض صفقة ثانية بخلاف العين[7].

قال ابن حبيب: إلا أن يتجاوز في العرض؛ فلا يؤدي[8] إلا قيمته يوم قبضه إن فات، ولو استحق العرض المأخوذ في الدنانير؛ رجع بالدنانير بكل حال تجاوز فيه[9] أو لم يتجاوز، قاله مالك وأصحابه، ونحوه في العتبية[10].

قال ابن القاسم: ومن ادعى شيئاً بيد رجل، ثم اصطلحا على الإقرار على عوض[11]، فاستحق ما أخذ المدعي، فإنه يرجع بما أقر له به صاحبه، فيأخذه بعينه إن وجده، وإن فات بتغير سوق أو بدن أخذ قيمته، وإن استحق ما بيد المدعي عليه،

---

(1) قوله: (رد تلك الدار) ساقط من (ف2).

(2) في (ن): (وإن).

(3) انظر: المدونة: 9/ 493 و494.

(4) في (ن): (المستحق).

(5) في (ن): (ليست).

(6) انظر: النوادر والزيادات: 10/ 422.

(7) انظر: المدونة: 9/ 375 و376.

(8) في (ن): (يرد).

(9) في (ن): (فيها).

(10) قوله: (ونحوه في العتبية) زيادة من (ف2)، وانظر المسألة في: النوادر والزيادات: 10/ 417.

(11) قوله: (الإقرار على عوض) يقابله في (ن): (إقرار بعرض).

والصلح على الإقرار، أو الإنكار[1]؛ رجع بما أعطى[2].

قال أبو محمد[3]: قول أو إقرار ليس من المدونة، وهو لغير ابن القاسم[4].

ورأيت في كتاب يحيى بن عمر بخطه مما قرأه على البرقي عن أبي زيد عن ابن القاسم وهو عندي[5] في المجموعة أنه قال: إن[6] كان الصلح على الإنكار[7]، ثم استحقت السلعة بحضرة الصلح؛ رجع الذي استحقت السلعة[8] من يده[9] على الذي صالحه، فأخذ منه ما دفع إليه.

وإن كان قد تطاول في مثل ما تهلك[10] فيه البينات وينقطع فيه العلم، فإن الذي استحقت من يده[11] لا يرجع على الذي صالح بشيء؛ لأن الذي صالح يقول: كانت لي بينة عادلة فمنعتني أن أثبت حقي، ودفعتني بما أعطيتني، فلما ذهبت بينتي وأخذت من يديك[12] بالجور [(ش: 85/أ)] تريد أن ترجع علي فلا أرى له عليه شيئاً.

رأيت في كتاب الشرح عن ابن سحنون عن أبيه أنه[13] إذا استحق ما بيد المدعي وكان الصلح على الإنكار رجع بمثل ما أخذ في الصلح، أو قيمته إن لم يكن مما له مثل وإن استحق ما بيد المدعى عليه؛ لم يرجع على المدعي بشيء؛ لأنه إنما دفع عن نفسه

---

(1) قوله: (الإقرار أو الإنكار) يقابله في (ن): (إقرار أو إنكار).

(2) انظر: المدونة: 9/385، 386.

(3) قوله: (قال أبو محمد) زيادة من (ن).

(4) قوله: (قول أو إقرار ليس من المدونة وهو لغير ابن القاسم) ساقط من (ش).

(5) في (ن): (عنه).

(6) في (ن): (أو).

(7) في (ن): (إنكار).

(8) قوله: (السلعة) زيادة من (ن).

(9) في (ن): (يديه).

(10) في (ن): (تهلك).

(11) قوله: (من يده) يقابله في (ن): (في يديه).

(12) في (ن): (يدك).

(13) قوله: (أنه) ساقط من (ن).

خصومة[1] بما أعطاه لا بشيء[2] ثبت[3] له عليه.

قال: وقد قيل: يرجع عليه بما أعطاه، أو بمثله إن فات، أو قيمته إن كان مما يقوم.

قال محمد: والأول أبين[4].

قال ابن القاسم: وإن صالحه عن[5] مائتين، على أن حطه مائة، وأخذ منه عبداً بمائة، فاستحق العبد؛ فإنه يرجع بالمائتين[6]، ومن[7] باع سلعة بثمن سماه، على أن يأخذ بذلك الثمن السلعة[8] بعينها نقداً أو مضمونة مؤجلة، فإنما وقع البيع بتلك السلعة، ولا أنظر إلى اللفظ، ولكن إلى ما انعقد من الفعل[9].

ومن كاتب عبده على شيء موصوف من عرض أو حيوان أو طعام، فقبضه وعتق، ثم استحق ما دفع العبد؛ فليرجع عليه بمثله، ولا يرد العتق.

ولو أعتق عبده على شيء بعينه، فاستحق ذلك مضى العتق، وكأنه انتزعه منه

(1) في (ن): (خصومته).

(2) في (ن): (شيء).

(3) قوله: (ثبت) ساقط من (ن).

(4) انظر: النوادر والزيادات: 420/10.

(5) في (ن): (من).

(6) قال عياض: ومسألة: [(الذي كان له على رجل ألف، فحط عنه خمس مائة على أن أخذ منه عبده ميمونا بخمس مائة، فاستحق العبد أنه يرجع عليه بالألف)].
قال أبو عمران: فيه دليل على أن الغبن الكثير جائز، وإن زاد على الثلث خلاف ما ذهب إليه البغداديون، ووفاق لما في كتاب ابن حبيب.
يستدل على ذلك بمسألة الوكيل [(إذا باع ما وكل على بيعه بما لا يتغابن الناس في مثله وفات أنه ماض ويضمن الوكيل)].
قال أبو عمران: فهذا كله دليل على جواز الغبن.
قال القاضي رحمه الله: ليس في هذا ما يدل أنه أكثر من الثلث ومسألة الألف - أيضا - ليس فيها دليل في الغبن، ولعل في قيمة العبد الألف أو ما يقرب منه.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2362.

(7) في (ن): (لأن من).

(8) في (ن): (سلعة).

(9) انظر: المدونة: 386/9.

وأعتقه، وفي اختصار التدليس شيء من معاني هذا الباب.

فيمن شهد بموته فقسم ماله وبيع ثم استحقت رقبته، أو قدم حياً

قال ابن القاسم: في رجل مات و[1] أوصى بحج وغيره، فبيعت تركته، وأنفذت وصيته، ثم استحقت رقبته[2]، فإن كان معروفاً بالحرية؛ لم يضمن الوصي، ولا متولي الحج شيئاً، ويأخذ السيد ما كان قائماً من التركة لم يُبع، وما بيع وهو قائم بيد مبتاعه؛ فلا يأخذه السيد إلا بالثمن، ويرجع بذلك الثمن على البائع[3].

قال محمد: إذا[4] باع الوصي؛ فإنما يرجع المستحق على الوصي بما عنده من الثمن، يريد محمد: وقد أدى الثمن وأخذ سلعته[5].

قال ابن القاسم: وكذلك قال مالك[6] فيمن شهدت بينة بموته، فبيعت تركته وتزوجت زوجته، ثم قدم حياً، فإن ذكر الشهود ما يعذرون به[7] في دفع[8] تعمد الكذب، مثل أن يروه في معركة القتلى فظنوا أنه ميت أو طعن، فلم يتبين لهم أن به حياة، أو شهدوا على شهادة غيرهم، فهذا ترد إليه زوجته، وليس له من متاعه إلا ما وجده لم يبع، وما بيع فهو أحق به بالثمن إن وجده قائماً.

وأما إن فاتت عينه بيد مبتاعه أو تغير عن حاله في يديه[9] أو فات بعتق أو تدبير أو كتابة، أو أمة تحمل من السيد، أو صغير يكبر، فإنما له الرجوع بالثمن على من باع

---

(1) في (ش): (أو).

(2) في (ش): (قيمة).

(3) انظر: المدونة: 9/391.

(4) في (ش): (وإذا).

(5) انظر: النوادر والزيادات: 10/414.

(6) قوله: (وكذلك قال مالك) زيادة من (ن).

(7) قوله: (به) زيادة من (ن).

(8) في (ش): (رفع).

(9) في (ش): (بدنه).

ذلك كله.

فإن لم تأت البينة بما يعذر به من شبهة دخلت عليهم، فذلك كتعمدهم للزور[1]؛ فليأخذ [(ش: 85/ب)] متاعه حيث وجده، وإن شاء الثمن الذي بيع منه، وترد إليه زوجته، وله أخذ ما عتق من عبد أو كوتب أو دبر أو صغير كبر، أو أمة اتخذت أم ولد، فيأخذها وقيمة ولدها من[2] المبتاع يوم الحكم، كالمغصوبة يجدها بيد مشتريها[3].

في الأمة تستحق من يد غاصب أو مشتر، وقد أعتقها أو أولدها أو وطئها ولم تلد أو ولدت من غيره، وكيف إن ماتت أو مات ولدها من الاستحقاق، وفيه يسير من كتاب[4] الغصب

قال ابن القاسم: والقضاء أن كل وطء بشبهة[5] فالولد فيه لاحق، ولا يلحق في الوطء بغير شبهة، وإن[6] الولد بخلاف الغلة في الاستحقاق[7].

---

(1) قال عياض: ومسألة: [(من شهد عليه بأنه مات فبيع ماله وتزوجت امرأته، ثم جاء الرجل وتفريقه بين أن يكونوا قصدوا الزور أو شبه عليهم)] تأول إسماعيل القاضي أن تفريقه هذا إذا لم يشهدوا عند الحاكم وأما إذا شهدوا عنده، فسواء شهدوا بزور أو شبه عليهم؛ يعني أنه لا يرد إليه ماله إلا بالثمن.

وقد فسر ابن القاسم في المدونة قول مالك بخلاف هذا، وإن تفريقه سواء شهدوا به عند القاضي أو لا، ونص عليه، ولم يختلف عنده حكم زوجته في الوجهين في الكتاب أنها ترد عليه.

قال في كتاب محمد: حكم بموته حاكم أو لا؟ تزوجت أو لا.

وقال إسماعيل القاضي: إذا كان بحكم لم ترد عليه كالمفقود.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2366.

(2) قوله: (ولدها من) يقابله في (ش): (ولد الأمة).

(3) انظر: المدونة: 9/ 391 و392.

(4) قوله: (كتاب) ساقط من (ف2).

(5) قوله: (قال ابن القاسم والقضاء أن كل وطء بشبهة) يقابله في (ش): (ولد يشبه).

(6) في (ن): (فإن).

(7) في (ش): (الاستلحاق).

فمن ابتاع عبداً فأعتقه، ثم استحق فليأخذه ربه، وينقض العتق إن قامت له بينة أنه غصب منه أو سرق أو أنه له، ولم تذكر البينة غير ذلك، وكذلك في الأمة.

ومن ابتاع أمةً فوطئها وهي بكر[1] أو ثيب، ثم استحقت بملك أو بحرية؛ فليس عليه للوطء شيء لا صداق ولا ما نقصها[2].

وإن أولدها فلمستحقها[3] بالملك أخذها[4] إن شاء مع قيمة ولدها يوم الحكم عبداً وعلى هذا جماعة الناس، وقاله مالك، ثم رجع فقال: يأخذ قيمتها[5].

وذكر[6] ابن حبيب أن قول مالك الآخر، والمدنيين من[7] أصحابه: أن يأخذ قيمتها يوم فاتت بالوطء الذي به حملت؛ لأنها حملت[8]، ولا شيء له من قيمة الولد قال: وبه نأخذ، لأن الولد قد[9] جاء فيما قد ضمنه المبتاع[10].

وقال[11] في كتاب القسم: وقيمة ولدها، وقال فيه: ولو رضي المستحق بأخذ قيمتها؛ لم يكن للذي أولدها أن يأبى ذلك، ويجبر حينئذ في قولي[12] مالك جميعاً[13] على غرم قيمتها، وقيمة ولدها[14] يوم الاستحقاق[15].

---

(1) قوله: (وهي بكر) يقابله في (ش1): (بكر وهي).
(2) انظر: المدونة: 9/376.
(3) في (ن): (فمستحقها).
(4) في (ن): (يأخذها).
(5) انظر: المدونة: 9/378.
(6) في (ف2): (وقال).
(7) قوله: (من) زيادة من (ف2).
(8) قوله: (لأنها حملت) ساقط من (ف2).
(9) قوله: (قد) ساقط من (ف2).
(10) قوله: (وذكر ابن حبيب... ضمنه المبتاع) زيادة من (ن)، وفي (ف2) متأخر عن محله.
(11) قوله: (قال) ساقط من (ن).
(12) في (ش)، و(ف2): (قول).
(13) قوله: (جميعا) ساقط من (ف2).
(14) في (ن): (الولد).
(15) انظر: المدونة: 10/81.

ومن غير المدونة[1]، قال أشهب: ليس له إلا أخذها مع قيمة الولد، أو أخذ ثمنها فقط من البائع، ولو كانت[2] له قيمتها لكانت يوم الوطء؛ لأنه من يومئذ ضمنها؛ فلا[3] شيء له في الولد، ولكن ليس ذلك بصواب.

قال ابن القاسم في المدونة:[4] وولدها لاحق النسب، له حكم الحر في النفس والجراح وفي الغرة قبل الاستحقاق وبعده.

وليس للمستحق فيما مات من الولد قيمة.

ومن قتل منهم خطأ فأخذ له الأب دية؛ فعليه الأقل من قيمته يوم القتل عبداً أو ما أخذ من ديته[5].

وإن قتل عمداً فاقتص له؛ فلا قيمة عليه، ويغرم قيمة الولد الحي وإن جاوزت الدية.

ولو قطعت يد الولد خطأ فأخذ الأب ديتها؛ فإن عليه قيمته اليوم أقطع، والأقل من قيمة يده يوم القطع على أنه عبد أو مما قبض فيه الأب[6].

---

(1) قوله: (ومن غير المدونة) ساقط من (ف2).

(2) في (ش): (كان).

(3) في (ن): (ولا).

(4) زاد بعده من (ن) قوله: (قال).

(5) قال عياض: وقوله في الكتاب: [(لو قتل فإنما عليه الأقل من الدية التي أخذ أو القيمة واتفاقهم عليه يرد هذا كله)].

فإن قيل: فإن الدية - ههنا - للأب بكل حال بموت الولد، قبل ذلك بالوراثة عن الولد كما لو مات بعد قطع يده، لصارت دية الولد على كل قول للأب بالوراثة، فلا فرق ومسألة أم الولد المستحقة وذكر - هنا - اختلاف قول مالك فيها. قال ابن لبابة وغيره: دليل الكتاب - هنا - ومفهومه الأقوال الثلاثة المروية عن مالك: أخذها وقيمة ولدها، وأخذ قيمتها معا، وهذان بينان في الكتاب، وأخذ قيمتها فقط الذي أفتى به مالك أخيرا.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2357 و2358.

(6) انظر: المدونة: 9/376، 377.

قال عياض: واختصار هذا أن على الأب قيمته مقطوع اليد يوم الحكم أو الأقل مما أخذ من دية يده أو مما نقصه القطع من قيمته يوم الجناية، وبيانه أنه يقوم ثلاثة تقويات: قيمته يوم القطع، وقيمته =

قال ابن عبدوس: ورأيت[1] سحنون ينحو إلى أن ما فضل من ذلك فهو للابن، وقاله ابن المواز[2].

قال ابن القاسم في المجموعة[3]: ولو قتل الولد عمداً، فصالح الأب فيه على أقل من الدية؛ فعليه الأقل من ذلك أو من قيمته يوم القتل، فإن كان ما أخذ أقل من القيمة؛ رجع على القاتل بالأقل من باقي القيمة أو باقي الدية.

قال محمد، وقال أشهب: لا شيء على الأب مما أخذ في الولد إن قتل، كما لو مات،

= يوم القيام من يوم القطع في الجناية سليما، وقيمته حينئذ أقطع فيضاف ما بين القيمتين إلى قيمة اليوم أقطع، فيأخذها السيد، إلا أن يكون ما بين القيمتين أكثر من دية اليد التي أخذ الأب، فلا يزاد عليها.

ولو كان القطع يوم الاستحقاق أو لم تختلف القيمة من يوم القطع إلى يوم الاستحقاق والحكم لقيل له: ادفع الأقل من قيمته سليما الآن قبل قطعه ومن قيمته مقطوعا مع ما أخذت من ديته، ولا يحتاج - هنا - إلا إلى قيمتين سليما ومقطوعا.

فإن كانت قيمته سليما أقل لم يلزمه سواها، وكان ما فضل من الدية للأب أو للابن على ما نذكره بعد، وإن كانت القيمة أكثر من ذلك كله لم يلزمه إلا قيمته مقطوعا وديته.

وقوله: وكان الفضل للأب؛ طرح أبو محمد هذا من اختصاره، وأثبته غيره، وهو ثابت في الأصول.

قال ابن عبدوس: نحى سحنون إلى أن ما فضل للابن، وقاله أبو محمد، وتأول بعضهم معنى قوله: وكان الفضل للأب؛ أي النظر فيه لولده؛ لأنه صغير تحت نظره؛ لأنه ملك الأب، إذ هو أرش الجناية على الولد، فبأي شيء يأخذها الأب، واستدل على هذا بقوله أول المسألة: إذا قطعت يد الولد يأخذ الأب نصف دية ولده، فدل أنه إنما قبض دية ولده لصغره وإلا يقبضها له.

ولسحنون - أيضا - قول آخر: أن الدية كلها للابن، وعلى الأب غرم ديتها من ماله ما لم تجاوز ما أخذ فيها، ثم توقف في المسألة وهو - أيضا - قول فيه اضطراب؛ لأنه إن قال: إن القيمة في جميعه كانت لازمة للأب، فيبقى أرش اليد للولد، فلم قال: لا يلزمه ما زاد على ما أخذ في اليد؟

وقال ابن وضاح: أنكر سحنون أن يكون على الوالد من قيمة يد ولده شيء، وقال: إنما تكون الدية للابن وإنما على الأب قيمته أقطع، وقاله أشهب، فهذا قول ثالث لسحنون.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2355، وما بعدها.

(1) في (ف2): (رأيت).

(2) انظر: التنبيهات المستنبطة لعياض: ص2356.

(3) قوله: (في المجموعة) يقابله في (ف2): (في غير المدونة).

ولا في قطع يده إن قطع [(ش: 86/أ)]، وعليه قيمته[1] اليوم أقطع فقط؛ لأن ما أخذ فيه دية حر[2].

قال ابن القاسم في المدونة: ولو ضرب رجل بطن هذه الأمة، فألقت جنيناً ميتاً؛ فللأب عليه غرة كالحر، ثم للمستحق على الأب الأقل من ذلك، أو من عشر قيمة أمه[3].

قال: وإذا أخذت الأمة من هذا المشتري؛ رجع بالثمن على بائعه، ولا يرجع بما أدى من قيمة الولد، كما لو باعه سارقاً دلس له[4] به، فسرق متاعه فلا يضمن البائع ذلك[5].

وإذا أخذ منه الأمة وألفاه عديماً؛ أتبعه بقيمة الولد ديناً، وإن كان الولد ملياً أدى القيمة، ثم لا يرجع بها على أبيه إن[6] أيسر، وإن كانا مليين؛ فذلك على الأب لا يرجع به[7] الأب على الولد[8]، وإن كانا عديمين أتبع أولهما ملاء، ولا يؤخذ[9] من الابن قيمة الأم في ملاء الأب[10] أو عدمه.

قال غيره: لا شيء على الابن من قيمة نفسه في عدم الأب أو يسره[11].

قال ابن القاسم في كتاب النكاح: ولو استحق الأمة عم الولد لأخذ قيمته، إذ لا

(1) في (ش): (قيمة).

(2) انظر: النوادر والزيادات: 10/396.

(3) انظر: المدونة: 9/377 و378.

(4) قوله: (له) ساقط من (ش).

(5) انظر: المدونة: 9/378، 379.

(6) في (ف2): (إذا).

(7) في (ف2): (بها).

(8) قوله: (الأب على الولد) يقابله في (ن): (على الابن).

(9) في (ن): (ولا تؤخذ).

(10) قوله: (ملاء الأب) يقابله في (ش): (حال ملائه).

(11) انظر: المدونة: 9/380.

يعتق عليه ابن أخيه، ولو كان جدهم لم يأخذ قيمتهم، وليس له من ولائهم شيء[1]، لأنهم أحرار، وإنما أخذت القيمة فيهم بالسنة[2].

قال سحنون: فإن حكم به في عدمها[3] ثم مات الولد قبل أن يقضي شيئاً فله طلب الأب إن أيسر[4].

وبقية[5] مسائل الغارة في النكاح وحكم ولدها في اختصار النكاح، والقول في ولدها كالقول في ولد المستحقة من يد مبتاع.

قال محمد فيمن ابتاع أمة فأولدها، ثم استحقت أنها مدبرة، فإنه يأخذها ويأخذ قيمة ولدها عبيداً[6].

وقال[7] ابن القاسم: قيمتهم على الرجاء والخوف[8]، وليس هذا بشيء؛

لأن من باع مدبرة وفاتت[9] بالعتق كان الثمن كله للبائع، وعلى هذا ثبت مالك، وقاله أصحابه أجمعون[10].

وإن كانت هذه التي أولدها المبتاع مكاتبة؛ فإنه يأخذ قيمة الولد رقيقاً.

ولو تأخر الحكم حتى مات السيد، وحل الأجل فأدت المكاتبة؛ فلا شيء على الأب من قيمتهم[11].

---

(1) في (ن): (شيئاً).

(2) انظر: المدونة: 3/360.

(3) في النوادر والزيادات: عدمه.

(4) قوله: (قال سحنون: فإن حكم به... إن أيسر) زيادة من (ف2)، وانظر المسألة في: النوادر والزيادات: 10/397.

(5) في (ن): (وبقيت).

(6) انظر: النوادر والزيادات: 13/175 و176.

(7) في (ف2): (قال).

(8) انظر: المدونة: 3/362.

(9) قوله: (مدبرة وفاتت) يقابله في (ش): (مدبراً).

(10) في (ن): (أجمع).

(11) قوله: (ولو تأخر الحكم... من قيمتهم و) ساقط من (ش).

وقال ابن القاسم: توقف القيمة، ولا معنى لذلك، وليكن ذلك محسوباً لها من آخر[1] الكتابة ويتعجلها السيد.

وأما المعتقة إلى أجل وأم الولد؛ فقيمة الولد على الرجاء والخوف.

وقال[2] ابن القاسم في كتاب الغصب[3]: وإذا كان هذا إنما ابتاع الأمة من غاصب ولم يعلم؛ فلربها تضمين[4] الغاصب القيمة يوم الغصب، أو يأخذ منه الثمن ويجيز البيع[5]، أو يأخذ من المبتاع ما ذكرنا على اختلاف قول مالك.

ومن كتاب ابن المواز: وإن ماتت الأم وبقي الولد، وترك المستحق طلب الغاصب؛ فله قيمة الولد على المشتري، ثم لا شيء له على الغاصب، ويرجع المشتري على الغاصب بالثمن[6].

وكذلك إن كان الولد من غير المشتري، فاختار المستحق أخذ الولد نفسه.

قال ابن القاسم: وأما إن ولدت الأمة بيد الغاصب من وطئه، أو من زوج تزوجها علم أنها أمة ولم يعلم بالغصب، أو ولدت من زنا؛ فلربها أخذها وأخذ الولد رقاً، ويحد الغاصب في وطئه إن أقر بالوطء، ولا يثبت نسب [(ش: 86/ب)] ولد الزوج، ويكون رقاً، إلا أن يتزوجها على أنها حرة؛ فيكون عليه لربها قيمة الولد ويكون حراً[7].

وإذا ولدت الأمة عند الغاصب، ثم مات الولد؛ لم يضمنهم، ولو قتلهم الغاصب؛ ضمن قيمتهم[8].

---

(1) قوله: (آخر) ساقط من (ن).

(2) في (ن): (قال).

(3) قوله: (في كتاب الغصب) ساقط من (ن).

(4) في (ن): (أن يضمن).

(5) انظر: المدونة: 9/328.

(6) انظر: النوادر والزيادات: 10/393.

(7) انظر: المدونة: 9/327.

(8) انظر: المدونة: 9/319.

ولو ماتت الأم وبقي الولد بيده، أو كان حيواناً فنتج عنده، ثم ماتت الأمهات وبقي الولد؛ فلربها إن شاء أخذ قيمة الأمهات، ولا شيء له في الولد، وإن شاء أخذ الولد، ولا شيء له من قبل الأمهات.

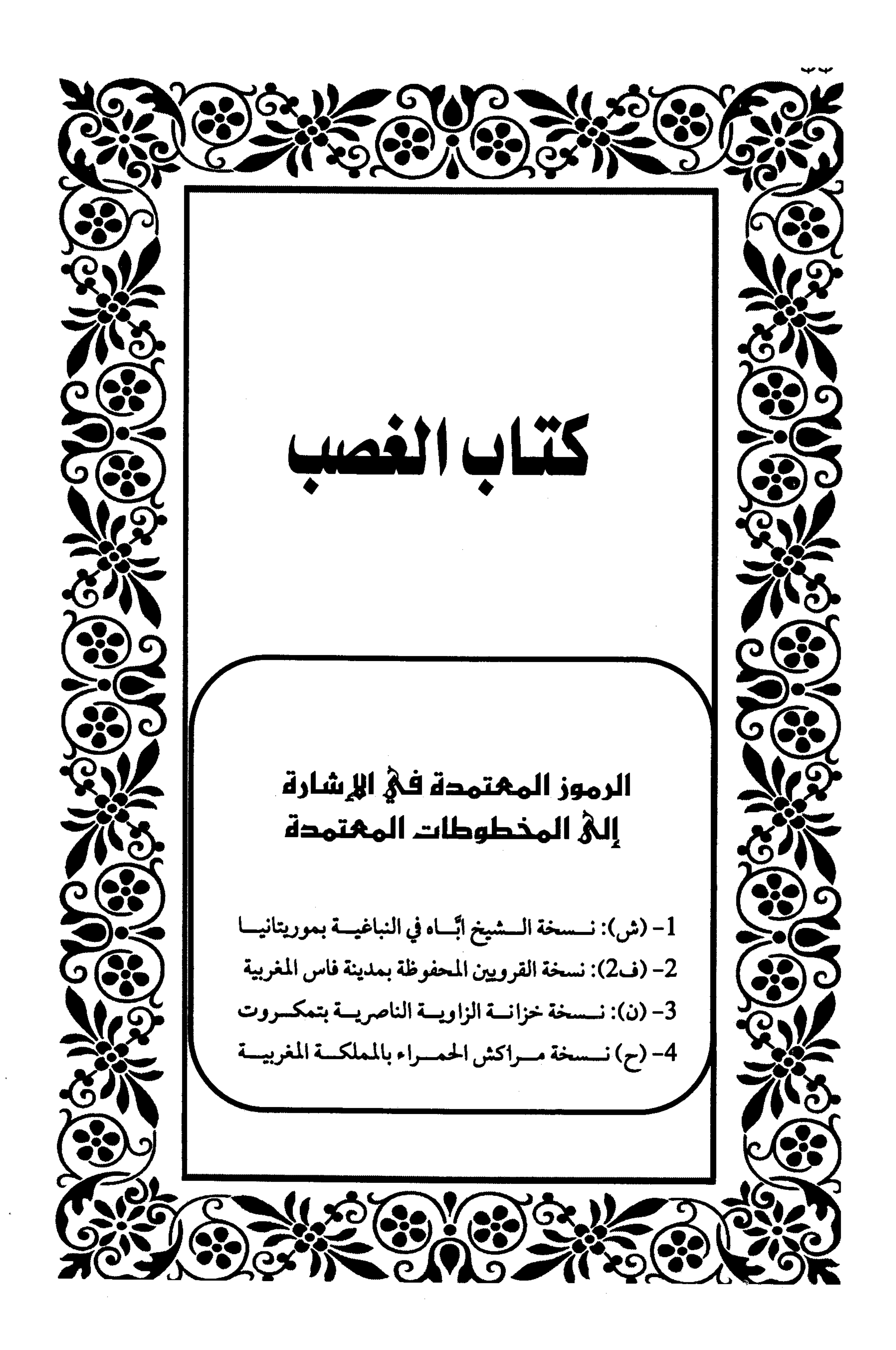
ولو باع الغاصب الأمة فولدت عند المبتاع من غيره، ثم ماتت لم يضمنها المبتاع، وإن شاء ربها أخذ الولد من المبتاع، ثم لا شيء له عليه، ولا على الغاصب من قيمة الأم، ولكن للمبتاع الرجوع على الغاصب بالثمن.

ولا يجتمع على الغاصب غرم ثمنها وقيمتها، وإن شاء ربها ترك الولد وأخذ من الغاصب الثمن الذي باعها به أو قيمتها فقط يوم الغصب[1].



(1) انظر: المدونة: 9/333.





كتاب الغصب

الرموز المعتمدة في الإشارة إلى المخطوطات المعتمدة

1- (ش): نسخة الشيخ أبَّاه في النباغية بموريتانيا

2- (ف2): نسخة القرويين المحفوظة بمدينة فاس المغربية

3- (ن): نسخة خزانة الزاوية الناصرية بتمكروت

4- (ح) نسخة مراكش الحمراء بالمملكة المغربية



كتاب الغصب[1]

بما دخل فيه[2] من الاستحقاق. في القضاء في الغلة والسكنى، والانتفاع والنتاج والثمرة فيما يستحق من يد غاصب، أو مشتر أو مكتر، أو وارث وكيف بما أحدثوا في ذلك من بناء أو هدم أو غرس أو زرع وفي تعدي المستعير والمكتري من كتاب الاستحقاق وكتاب الغصب

قال الرسول عليه [الصلاة و] السلام: «**الخراج بالضمان**»[3]، وقال: «**من أحيى**

---

(1) عياض: الغصب في لسان العرب ينطلق على أخذ كل مملوك بغير رضى مالكه من شخص أو مال أو منافع، وكذلك التعدي، كان سراً أو جهراً أو اختلاساً أو سرقة أو خيانة أو قهراً، غير أنه استعمل في عرف الفقهاء في أخذ أعيان المتملكات بغير رضى أربابها وغير ما يجب على وجه القهر والغلبة من ذي سلطان وقوة واستعمل التعدي عرفاً، في التعدي على بعضها أو منافعها، سواء كان للمتعدي في ذلك يد بإذن أربابها أو لم يكن؛ كالقرض والودائع والقراض والإجارة والصناع والبضائع والعواري.

وفرق الفقهاء بين الغصب والتعدي في وجوه منها: أن الغاصب ضامن للسلعة يوم الغصب؛ لأنه يوم وضع يده عليها صار ضامناً بالتعدي والمتعدي من يوم التعدي؛ لأن يده كانت قبل عليها بإذن ربها، ولأن الغاصب إذا جاء بها سالمة لم يبعها أخذها ربها والمتعدي يضمنها، وإن جاء بها سالمة لكن قد جعل غير ابن القاسم الغاصب كالمتعدي، إذا أمسكها عن أسواقها أو حتى نقصت قيمتها لافتراقهما في الفساد اليسير، فالغاصب يضمن فيه والمتعدي لا يضمن، إلا في الكثير، ولأن على المتعدي كراء ما تعدى عليه وأجرته بكل حال عند مالك. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2319، 2320.

(2) قوله: (دخل فيه) يقابله في (ف2): (شاكله).

(3) أخرجه أحمد، باقي مسند الأنصار، حديث السيدة عائشة رضي الله عنها: 6/ 49، برقم (24270)، وأبو داود، كتاب الإجارة، باب فيمن اشترى عبدا فاستعمله ثم وجد به عيبا: 2/ 306، برقم (3508)، والترمذي، كتاب البيوع، باب ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد به عيبا: 2/ 581، برقم (1285)، والنسائي، كتاب البيوع، باب الخراج بالضمان: 7/ 254، برقم (4490)، قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.

أرضاً ميتة فهي له، وليس لعرق ظالم حق»[1]، والغاصب هو من العرق الظالم.

قال ابن القاسم في كتاب الغصب: فكل ربع اغتصبه غاصب فسكنه أو اغتله، أو أرضاً فزرعها، فعليه كراء ما سكن أو زرع بنفسه، وغرم ما أكراها به من غيره ما لم يحاب[2].

وأما ثمرة ما غصب من نخل أو شجر، أو تناسل من الحيوان، أو جز من الصوف[3]، أو حلب من اللبن، فإنه يرد ذلك كله، وما أكل رد المثل فيما له مثل، والقيمة فيما لا يقضي لمثله، وليس له اتباع ربها بما أنفق في ذلك، وسقى وعالج ورعى، ولكن له المقاصة بذلك فيما بيده من غلة، وإن عجزت الغلة عنه؛ لم يرجع عليه بشيء.

وإن ماتت الأمهات وبقي الولد، أو ما جزّ منها وحلب[4]؛ خير ربها، فإما أخذ قيمة الأمهات ولا شيء له فيما بقي من ولد أو صوف أو لبن، ولا في ثمنه إن بيع، وإن شاء أخذ الولد إن كان ولد، وثمن ما بيع من صوف أو لبن ونحوه، وما أكل الغاصب أو انتفع به من ذلك، فعليه المثل فيما له مثل، والقيمة فيما يقوم، ولا شيء عليه[5] من قبل الأمهات[6].

وأما الرباع، فإن لم يسكنها ولا انتفع بها ولا اغتلها؛ [(ش: 87/أ)] فلا شيء عليه، وإن سكن أو انتفع أو اغتل[7]؛ فذلك كله عليه، وهو لو أحدث عملاً في الربع كان له.

وأما ما ركب الغاصب أو السارق، أو استخدم أو أكرى من رقيق[8] أو دواب، وقبض كراءه؛ فليس لرب هذه الأشياء أخذه بغلة ولا كراء وإنما له عين شيئه، ما لم

---

(1) سبق تخريجه.
(2) انظر: المدونة: 9/340.
(3) في (ش): (صوف).
(4) قوله: (منها وحلب) يقابله في (ف2): (من الغنم من صوف أو حلب).
(5) في (ش): (له).
(6) انظر: المدونة: 9/332، وما بعدها.
(7) في (ش): (أكل).
(8) في (ش): (رفيق).

يتغير في بدن ولا ينظر إلى تغير سوق[1].

وفيما حكى أبو الفرج عن مالك أنه قال: من ركب أو سكن؛ فلا شيء عليه، وإن أكرى وقبض غلة غرمها، وحبس منها ما أنفق.

قال ابن القاسم: ولو استعمل الدابة حتى أعجفها[2] أو أدبرها فلربها إن شاء ضمنه قيمتها، وإلا أخذها ولا شيء له من كراء.

قال: ولم أر على الغاصب غلة الدابة أو الرقيق؛ لأنه أنفق عليهم، وهو لو أنفق على الصغير من رقيق أو حيوان حتى كبر؛ لم يكن له ما أنفق، ولا ما كسا، ولو كان ذلك ربعاً فأحدث فيه عملاً، كان[3] له أخذ ما أحدث فيه[4]، فهذه وجوه مفترقة.

ووقع لابن القاسم في كتاب الاستحقاق من المدونة[5]: أن الغاصب يرد غلة العبد المغصوب، ونحى إلى ذلك في الدابة[6].

وروى أشهب أن رب الدابة والعبد إن أخذهما رجع بالكراء، والغلة على الغاصب، وقاصه[7] فيه الغاصب بما أنفق على العبد أو الدابة[8].

قال غيره: ولو أكرى[9] ذلك الغاصب، وحابى فيه لأخذه بالمحاباة، فإن[10] أعدم أخذ بها المكتري، وقاله سحنون.

قال ابن القاسم: وليس كتعدي المكتري، والمستعير في المسافة، لأنهما وإن لم يستعملا الدابة في حبسها، فعليهما كراء مدة حبسها، والغاصب لا شيء عليه في مثل

---

(1) انظر: المدونة: 9/340.

(2) في (ش): (للعمل حتى أعلفها).

(3) في (ش): (بأن).

(4) انظر: المدونة: 9/340.

(5) قوله: (من المدونة) ساقط من (ف2).

(6) في (ش): (في ذلك إلى الزائد)، وانظر المسألة في: المدونة: 9/371.

(7) في (ش): (وخاصة)، والمثبت موافق لما في النوادر.

(8) انظر: النوادر والزيادات: 10/344.

(9) في (ش): (اكترى).

(10) زاد بعده من (ش): (أعلم).

هذا، وقد قال جل الناس لا كراء عليها ولا على الغاصب[1].

وإن زاد مكتري الدابة ومستعيرها في المسافة يسيراً أو كثيراً فعطبت؛ ضمن وخير ربها، فإما ضمنه قيمتها يوم التعدي، وإما كراء الزيادة، وله عليه الكراء الأول بكل[2] حال، ولو ردها بحالها والزيادة يسيرة؛ لم يضمن إلا كراء الزيادة، وأما إن كثرت الزيادة أو حبسها أياماً وردها[3] بحالها؛ فلربها إما قيمتها يوم التعدي، أو يأخذها مع كراء حبسه إياها، وله في الوجهين الكراء الأول، ولو تعدى عليها بريداً، فأصابها فيه عيب؛ فلربها تضمينه قيمتها إن كان عيباً مفسداً، فإن كان يسيراً؛ لم يضمن إلا ما نقصها[4].

يريد: أنه أخذ ما نقصها مع كراء الزيادة[5]، وهذا قد[6] طرحه سحنون في رواية يحيى، وهذا كله مذكور في كتاب الرواحل والدواب[7].

والغاصب وإن طال مكثها بيده، ولم تتغير؛ فليس لربها شيء غير عين[8] شيئه.

ومن استعار دابة ليشيع عليها[9] رجلاً إلى ذي الحليفة فبلغها، ثم تنحى قريباً منها فنزل، ثم رجع، فهلكت في رجوعه، فإن كان ما تنحى إليه من منازل الناس؛ لم يضمن، فإن جاوز منازلهم ضمن[10].

ومن غصب أرضاً فغرس فيها شجراً، أو بنى بناء، أو زرع زرعاً؛ فلربها أن يكلفه [(ش: 87/ب)] قلع الأصول والبناء، وكذلك الزرع إن كان في إبان الحرث، وإن شاء أعطاه قيمة البناء، والأصل مقلوعاً.

---

(1) انظر: المدونة: 9/339 و340.

(2) في (ف2): (كل).

(3) في (ش): (أوردها).

(4) انظر: المدونة: 9/336، 337.

(5) قوله: (يريد أنه أخذ ما نقصها مع كراء الزيادة) زيادة من (ف2).

(6) قوله: (قد) ساقط من (ف2).

(7) انظر: المدونة: 8/150، 151.

(8) قوله: (عين) ساقط من (ش).

(9) قوله: (عليها) زيادة من (ف2).

(10) انظر: المدونة: 9/342.

محمد: بعد أن يسقط من ذلك أجر القلع أو الهدم، وكذلك الزرع إن قام في الإبان إن كان مما له قيمة إن قلع، فليأمره أن يقلعه، ويغرمه كراء ما زرع في السنين الماضية، أو سكن أو انتفع، وكل ما لا منفعة له فيه بعد القلع؛ فلا شيء له فيه، وكذلك الجص أو النقش أو حفر حفرة وردم أخرى[1] أو حفر مطامير[2]؛ فلا شيء له في ذلك[3].

قال في موضع آخر في الزرع: وإن[4] قام بعد إبان الزراعة؛ فليس له قلع الزرع، وله كراء تلك السنة وكذا الماضية[5].

قال سحنون: إن ردم حفرة بتراب له؛ فله أخذه، وإن حفر حفرة؛ فلا شيء له، ولربها أن يكلفه[6] ردمها إن شاء[7].

ومن كتاب[8] الاستحقاق: وكل من سكن، أو انتفع بدار أو أرض، أو غيرها من ربع سنين وذلك في يده بشراء أو إرث، وليس بغاصب ولا حازه عمن يعلم أنه

(1) في (ش): (لقرن).

(2) قال ابن منظور: المطَامِيرُ حُفَرٌ تُحْفر في الأَرض تُوسّع أَسافِلُها تُخْبأُ فيها الحبوبُ. انظر: لسان العرب: 502/4.

(3) انظر: المدونة: 9/ 353.

عياض: وقوله في الغاصب: (ليس له في حفرة حفرها في بئر في الأرض ولا تراب ردم به حفرة في الأرض أو مطامير حفرها)، طرح سحنون قوله ولا تراب ردم به حفرة في الأرض، وهو ثابت في أصول شيوخنا، وثبت ليحيى وابن وضاح، وسقط لأبي الحسن الدباغ، قتل ذلك؛ لأن التراب ينتفع به.

قال القاضي: وقد يحتمل أن التراب من تراب الأرض، فلا حق له فيه، فتصح المسألة لكن إن كان لرب الحفرة بها منفعة فله إلزام الغاصب إخراج التراب منها وتفريغها، كان له أو لرب الأرض، وله إلزامه إن كان لرب الأرض، ونقله له من موضع منها ألزمه رده إلى موضعه كما له أن يلزمه ردم ما حفر فيه من آبار وحفر إن لم تكن له بها منفعة. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2337.

(4) في (ف2): (فإن).

(5) قوله: (وكذا الماضية) يقابله في (ف2): (أيضا على الغاصب)، وانظر المسألة في: المدونة: 8/ 240.

(6) في (ش): (يكلفها).

(7) قوله: (إن شاء) غير مقروء (ش)، وانظر المسألة في: النوادر والزيادات: 10/ 338، 339.

(8) قوله: (كتاب) ساقط من (ف2).

غاصب، والغلة له بضمانه لثمنه أو ضمان من ورث عنه أو وهبه، فإن بنى أو غرس؛ فلا كراء للمستحق، وله أن يدفع قيمة ذلك البناء والغرس قائماً ويأخذها، فإن أبى قيل للآخر: ادفع إليه قيمة أرضه، فإن أبى كانا شريكين هذا بقيمة أرضه براحا، وهذا بقيمة ما بنى قائماً[1].

ومن الغصب: وكذلك لو حفر فيها بئراً، أو مطامير أو بنى بناء وليس بغاصب، فإن لم يعطه قيمة ما عمر وبنى قائماً، ولا أعطى هو قيمة الأرض كانا شريكين.

يريد [...][2] بئر طواها بالآجر، أو غيره وله فيها عمل فأما إن لم يكن غير الحفر؛ فلا شيء له[3].

قال مالك: ومن أعمر أرضاً مواتاً لا يظنها لأحد فاستحقت.

قال مالك: أحسن ما سمعت في هذا إذا أبيا[4] هكذا أن يكونا شريكين، وفي ذلك اختلاف، وهذا أحب إلي[5].

وهذا ليس من رواية يحيى، وأما الشفيع إن لم يدفع قيمة العمارة؛ فلا شفعة له.

ومن كتاب آخر: ومن ابتاع نخلاً، أو غيرها مما له غلة من غاصب، ولم يعلم فله الغلة بضمانه إلى يوم يستحقها ربها، ولو كان الغاصب إنما وهب ذلك رجع بالغلة على الغاصب، إلا أن يعدم، أو يغيب فيرجع ربها أيضاً[6] على الموهوب ذلك، فيرد جميع الغلة للمستحق؛ لأنه لم يضمن في ذلك ثمناً أداه ويكون له من الغلة قيمة عمله وعلاجه، وما هلك بيد الموهوب له من الغلة، أو غيرها بغير سببه؛ لم يضمن[7] إلا أن يقبل الهبة من الغاصب،

---

(1) انظر: المدونة: 9/360.

(2) غير واضحة في الأصل بمقدار كلمة، وفي الذخيرة، للقرافي: 9/16: ونصه: قال ابن أبي زيد: إذا كان المبتاع قد طوى بالآجر.

(3) قوله: (يريد... فلا شيء له) زيادة من (ف2).

(4) في (ش): (بنى)، والمثبت موافق لما في المدونة.

(5) انظر: المدونة: 9/356.

(6) قوله: (أيضاً) زيادة من (ف2).

(7) قوله: (فيرد جميع الغلة للمستحق؛ لأنه ... لم يضمن) ساقط من (ش).

وهو يعلم بغصبه فيضمن ذلك[1].

ذكر ابن المواز عن ابن القاسم: فيمن ابتاع نخلاً فيها ثمرة لم تؤبر، أو لا شيء فيها فقام المستحق، وفيها ثمرة قد طابت، فإنه يأخذها ما لم تيبس أو لم تجذ، فإن يبست أو جذت لم يأخذها؛ لأنها صارت غلة للمبتاع، ولو كانت قد أبرت حين الشراء، فاشترطها المبتاع؛ كانت الثمرة للمستحق وجدها قد يبست، أو جذت أو بيعت أو أكلت، ويرد في فوتها مثلها إن عرفت المكيلة، أو القيمة إن لم تعرف، ولو باعها لرد ثمنها، وله فيما ذكرنا قيمة ما سقى وعالج.

وفي رواية لأبي زيد عن ابن القاسم فيمن استحق حائطاً من يد مبتاع، وفيه ثمرة قد طابت أو استجذت [(ش: 88/أ)]، فإنه يأخذها ما لم يفارق الأصل أو يدفع إلى المبتاع قيمة ما سقى وعالج[2].

ومن كتاب الاستحقاق: وكل من ملك بشبهة فسكن أو زرع فلا كراء عليه فيما مضى من الزمان، فإن قضي بالأرض للمستحق في إبان الزرع فله كراء تلك السنة فقط، وإن فات الإبان فلا كراء له[3].

ومن ابتاع من غاصب، وهو لا يعلم فاغتل[4]؛ فالغلة له بضمانه[5]، ولو ابتاع منه، وهو عالم أنه غصب ذلك؛ كان عليه رد[6] الغلة للمستحق، ولو وهبه الغاصب ذلك الربع والموهوب له يعلم بغصبه، فلربه الرجوع بالغلة على أيهما شاء، فإن كان الموهوب لم يعلم بغصبه[7]، فإن المستحق يرجع أولاً بالغلة على الغاصب، فإن كان عديماً؛ رجع

---

(1) انظر: المدونة: 9/375 و376.

(2) انظر: النوادر والزيادات: 10/404، 405.

(3) انظر: المدونة: 9/360.

(4) قوله: (فاغتل) غير مقروء في (ش).

(5) قوله: (بضمانه) غير مقروء في (ش).

(6) في (ف2): (أداء).

(7) قوله: (فلربه الرجوع... الموهوب لم يعلم بغصبه) ساقط من (ف2)، والمثبت موافق لما في التهذيب: 4/109.

بها على الموهوب، وكذلك في العقار والحيوان في غلته. والدليل على أن للمستحق أن يرجع بالغلة على من وهبه الغاصب؛ أنه لم يضمن فيه ثمناً، وإنما الغلة بالضمان[1].

وإذا ادعى عبد الحرية، فعمل لرجل عملاً له بال من بناء، أو غيره بغير أجر، أو وهبه مالاً إن لربه أخذ قيمة عمله ممن استعمله، إلا في عمل لا بال له كسقي الدابة ونحوه.

محمد: وقال[2] أشهب: فيمن وهبه الغاصب أن له الغلة كالمشتري.

محمد: قال ابن القاسم: وإن وهب الغاصب ثياباً أو طعاماً غصبه، فإن للمستحق أن يأخذ من الموهوب ما وهب له إن كان أكله، أو انتفع به أو باعه[3]، وأما إن هلك بغير سببه وقامت بذلك فيما يغاب عليه بينة، فلا شيء عليه فيه إذ لم يكن له هٰهنا منفعة، ولا كان له ضامناً[4]، وبقية القول فيما وهب الغاصب أو باع في باب بعد هذا.

قال: والمبتاع له الغلة بضمانه للثمن إن هلك ما بيده، وأما الذي وهبه للغاصب[5] فلم يضمن هو، ولا واهبه ثمناً[6].

ومن ورث ربعاً فاغتله، ثم استحق فالغلة للوارث، وإن لم يضمن ثمناً؛ لأنه ورث عن ضامن[7] وعمن لعله مبتاع، فأما إن ورثه عن غاصب، أو وهب ذلك للميت

---

(1) انظر: المدونة: 9/374 و375.

(2) قوله: (الواو) ساقط من (ف2).

(3) عياض: ومسألة: (من وهب طعاماً لرجل أو إداماً، فاستحق ذلك منه مستحق، وقد أكله الموهوب له لكان للمستحق طلب الواهب ولا شيء على الموهوب، إلا أن يكون الواهب عديماً أو لا يقدر عليه، فيطلب الموهوب) معنى ذلك عندهم أن الواهب غاصب، ولو كان غير غاصب لم يتبع إلا الموهوب.

وكذلك في المجموعة ولأَشْهَب يتبع أيهما شاء، وستأتي في الاستحقاق مسألة المحاباة والخلاف هل هي كهذه أم لا؟. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2335، 2336.

(4) انظر: النوادر والزيادات: 10/413، 414.

(5) زاد بعده من(ح): (هلكت).

(6) انظر: المدونة: 9/372.

(7) قوله: (ورث عن ضامن) يقابله في (ش): (وارث عن ضمان).

غاصب من المستحق أو من أبيه، أو من جده، فغلة ما مضى للمستحق، وإن جهل أمر الواهب فالغلة لمن اغتل، والواهب أو الميت على الشراء؛ حتى يعلم أنه غاصب[1].

ومن اكترى داراً من غير غاصب سنة؛ فلم ينقده حتى استحقت في نصف السنة؛ فكراء ما مضى للأول، وللمستحق فسخ ما بقي، أو الرضا به[2]، فيكون له كراء بقية السنة، فإن أجاز الكراء؛ فليس للمكتري أن يفسخ فراراً من عهدته إذ لا ضرر عليه؛ لأنه يسكن فإن عطبت الدار أدى بحساب ما سكن، ولو نقد الأول كراء السنة كلها؛ لدفع إلى المستحق حصة باقي المدة، إن كان مأموناً، ولم يخف من دين أحاط به ونحوه[3].

ومن اكترى أرضاً سنين[4]، للبناء والغرس والزرع، أو دار للسكنى، [(ش: 88/ب)] ثم قام مستحق قبل تمام الأمد، فإن كان الذي أكراه مبتاعاً فالغلة له إلى يوم الاستحقاق، فإن كانت داراً فسكنها، أو كانت أرضاً فبنى فيها المكتري، وغرس أو زرع، وكانت تزرع السنة كلها فللمستحق أن يجيز كراء بقية المدة أو يفسخ، فإن أجاز فله حصة الكراء من يومئذ، ثم له بعد تمام المدة أن يدفع إلى المكتري قيمة البناء، والغرس[5] مقلوعاً بعد أجر القلع، إذ على ذلك دخل المكتري، أو يأمره بقلعه.

وإن فسخ الكراء قبل تمام المدة، قيل له: ادفع قيمة ذلك قائماً، فإن أبى قيل للمكتري: أعطه قيمة أرضه، فإن أبى كانا شريكين كما ذكرنا، وكان عليه في الزرع إن كانت تزرع بطوناً الصبر إلى انقضاء البطن الذي أدركها، ولا كراء له فيما مضى، وله من يوم استحق على حساب السنة[6].

---

(1) انظر: المدونة: 9/370، 371.

(2) في (ش): (والرضى).

(3) انظر: المدونة: 9/367، 368.

(4) في (ح): (سنينا).

(5) في (ف2): (أو الغرس).

(6) انظر: المدونة: 9/360، 361.

وإن كانت أرضاً تزرع مرة[1] في السنة، فأتى وهي مزروعة، فإن فات إبان الزرع فلا قول له، ولا كراء في تلك السنة، وإنْ لم يفت فله كراء تلك السنة، وليس له قلعه، ولو كان الزارع غاصباً؛ كان لربها قلعه في الإبان، فإن فات الإبان فإنما له أخذه بالكراء، وكذلك إن كان قد[2] اكترى من غاصب وهو يعلم بغصبه.

قيل: فإن كان مكري الأرض لا يعلم أغاصب هو أو مشتر، وقد زرعها المكتري منه[3]، قال: فمكريها كالمشتري في الغلة؛ حتى يعلم أنه غاصب[4].

وإن كان المكري وارثاً، وطرأ[5] وارث شركه لم يعلم به، أو علم به[6]؛ فإنه يرجع على أخيه بحصته في الكراء، إذ لم يكن ضامناً، وإنما الغلة بالضمان، فإن حابى في الكراء أخذه بالمحاباة، إلا أن يكون عديماً، فيرجع بالمحاباة[7] على المكتري في ملائه.

قال غيره: بل إنما يرجع[8] بالمحاباة على المكتري في ملائه وعدمه، كان أخوه ملياً أو معدماً، إلا أن يعلم الأخ[9] أن معه وارثاً، فيرجع عليه أخوه في عدم المكتري، وأما إن لم يغتل هذا الوارث، ولكن سكن وزرع؛ فالاستحسان أن لا رجوع لأخيه عليه بشيء، إلا أن يكون به عالماً، وقاله مالك.

وروى علي بن زياد عنه أنه يرجع عليه، وإن لم يعلم؛ فيأخذه بنصف الكراء[10].

ولو أكرى الوارث عن أخيه الأرض ممن زرعها، فقدم ولد للميت حجبه لأخذه

---

(1) قوله: (مرة) ساقط من (ش).

(2) قوله: (قد) زيادة من (ح) و(ف2).

(3) قوله: (منه) ساقط من (ف2).

(4) انظر: المدونة: 9/ 363 و364.

(5) في (ف2): (فطرأ).

(6) قوله: (به) زيادة من (ف2).

(7) في (ش): (بالمحابى).

(8) قوله: (بالمحابي على المكتري... غيره: بل إنما يرجع) ساقط من (ف2).

(9) قوله: (الأخ) زيادة من (ح).

(10) انظر: المدونة: 9/ 361، 362.

بالكراء، قدم في الإبان أم[1] بعده، ويأخذه بكراء ما تقدم؛ لأنه غير ضامن.

ولو عطبت كانت في ضمان القادم، وكذلك من دخل بميراث مع أب[2] الذي هي في يديه، فأما وارث يستحقها ممن هي في يديه بشراء أو ميراث عن مشتر، فلا غلة له[3] فيما مضى[4].

ومشتري القاعة يبني فيها مسجداً، فيستحق فلربها[5] هدمه، وأخذ قاعته[6].

قال سحنون: كأنه نحا إلى أن باني النقض[7] لما جعله لله، فلا يأخذ فيه قيمة، ولكن يأخذه [(ش: 89/أ)] ويجعله في مسجد غيره، والذي أرى أن يقال للمستحق: أعطه قيمته قائماً، فإذا أخذ قيمته جعلها في نقض مثله في بناء مسجد[8].

قال ابن القاسم: قال مالك: فيمن ابتاع عبداً فأعتقه؛ ثم استحق أن لربه أن يرده ويبطل العتق، وكذلك المسجد[9].

ومن اكترى داراً فهدمها تعدياً، ثم قام مستحق، فله النقض إن وجده، وقيمة الهدم من الهادم، ولو كان المكري قد ترك له القيمة[10] قبل الاستحقاق، لرجع بها المستحق على الهادم كان ملياً أو معدماً؛ لأن ذلك لزم ذمته بالتعدي، ولا يرجع على المكري، إذا لم يتعد، وفعل ما يجوز له، وهو كمن ابتاع عبداً، فسرقه منه رجل، فترك له قيمته، ثم قام ربه، فإنما يتبع الغاصب خاصة، وهذا لم يتلف له شيئاً.

ولو باع النقض هادمه؛ كان عليه للطالب إن شاء الثمن الذي قبض فيه أو قيمته،

---

(1) في (ف2): (أو).

(2) في (ش): (هذا).

(3) قوله: (له) زيادة من (ف2).

(4) انظر: المدونة: 9/365.

(5) في (ش): (فلربه).

(6) انظر: المدونة: 9/381.

(7) في (ش): (الشقص).

(8) انظر: النوادر والزيادات: 10/381.

(9) انظر: المدونة: 9/381.

(10) قوله: (له القيمة) يقابله في (ف2): (للمكتري قيمة الهدم).

ولو هدمه المكري؛ فلا قيمة لربه، وإنما له النقض بعينه إن وجده، وإن بيع فله ثمنه، ما لم يحاب فيه[1].

ومن كتاب القسم: ومن ابتاع داراً فهدمها، ثم استحقت، فللمستحق إن شاء اتبع البائع بالثمن، أو أخذ داره مهدومة، ولا تباعة على المبتاع، إلا أن يكون باع من النقض شيئاً، فعليه الثمن الذي قبض فيه[2].

جامع القول في ضمان الغاصب أو[3] المتعدي وما هلك بيده أو دخله عيب أو نقص أو أحدث فيه صنعة أو نقله عن حاله أو باعه أو وهبه أو أكله أو جنى عليه هو أو غيره وما يحدث به من ذلك عند موهوب أو مشتر من كتاب الغصب

والقضاء أن من غصب شيئاً؛ فقد ضمنه من يوم الغصب، فإن جاء ربه، ولم يتغير بعيب ولا بنقص في بدن، فله عين شيئه، وليس له تضمين الغاصب، إن حالت الأسواق، فأما إن دخل ذلك عيب، أو زوال جارحة، أو نقص قلَّ أم كثر في عرض، أو رقيق أو حيوان بأمر من الله، فالمغصوب منه مخير بين أخذ ذلك بعينه، ولا شيء له في نقصه، وبين تركه وأخذ قيمته يوم الغصب.

وأما إن كان العيب، أو زوال الجارحة بفعل من الغاصب؛ فلربه أخذه مع قيمة ما نقصه أو إسلامه، وأخذ قيمته يوم الغصب، ولا خيار للغاصب.

قال سحنون: إذا قطع الغاصب يدها، فإنما لربها أن يأخذها ناقصة فقط، أو قيمتها يوم الغصب؛ لأنه لو قتلها؛ لأخذ منه قيمتها يوم الغصب، فكيف يأخذ في اليد قيمة اليد يوم القطع، فيكون [(ش: 89/ب)] في اليد ما لا يكون في النفس، فهذا لا يستقيم، وهو قول أشهب، ولو كانت أمة فقطع يدها أجنبي، ثم ذهب؛ لم يؤخذ الغاصب بما

(1) قوله: (فيه) ساقط من (ش). وانظر المسألة في: المدونة: 9/368، 369.

(2) انظر: المدونة: 10/83.

(3) قوله: (أو) زيادة من (ح) و(ف2).

نقصها، ولربها أن يضمنه قيمتها يوم الغصب، ثم للغاصب اتباع الجاني، وإن شاء ربها أخذها، واتبع الجاني دون الغاصب بما نقصها.

قال ابن المواز: ما أفسده الغاصب بعد الغصب من فساد قل أو كثر، فإنما لربه أخذ[1] قيمته يوم الغصب، أو يأخذه ناقصاً، ولا شيء له، وإنما يأخذه ويأخذ ما نقصه ممن تعدى فيه بجناية من غير غصب[2]، قال: ومن غصب شيئاً، فجنى عليه هو، أو جنى عليه غيره؛ فلا يلزم الغاصب فيه ما نقصه، وبهذا يقول، وإن كان ابن القاسم فرق بين جناية الغاصب، وجناية غيره فلا فرق بينهما.

وإن من حجة ابن القاسم أن يقول المغصوب منه آنفاً: تسقط عنك حكم الغصب، وأطالبك بالتعدي، فيقال له: أرأيت لو قتلها الغاصب لكان ذلك لربها فهذا لا يقوله في القتل مالك، ولا هو ولا غيره من أصحاب مالك[3].

وقد[4] قال ابن القاسم: قال مالك: من غصب دابة فاستعملها؛ فليس له إلا دابته إن كانت بحالها، ولا كراء له، وإن كان قد أعجفها وأنقصها[5]، فلربها إن شاء قيمتها، وإن شاء أخذها معيبة[6].

---

(1) قوله: (أخذ) زيادة من (ف2).

(2) في (ف2): (غاصب).

(3) انظر: النوادر والزيادات: 10/333، 334.

(4) قوله: (وقد) ساقط من (ف2).

(5) في (ف2): (نقصها).

(6) انظر: المدونة: 9/318، 319.

عياض: وقوله في الغاصب: (إلا أن يكون استعمل الدابة فأعجفها أو أدبرها أو أنقضها، فله أخذ القيمة).

كذا روايتنا - هنا - وكذا في كثير من الأصول، وفي بعضها: فأعجفها وأدبرها وأنقضها.

ومعنى أنقضها: أثقل حملها حتى أنقضها. ومعنى أنقضها: أذهب قواها ولحمها من نقضت الحبل إذا حللت فتله، وقد يكون أنقضها، أي فعل ذلك بها حتى سمع نقيض عظامها، وهو صوتها، وقد ذكر هذان التفسيران في قوله تعالى: ﴿ٱلَّذِىٓ أَنقَضَ ظَهْرَكَ﴾ [سورة الشرح آية: 3]وقوله في المسألة: (فله أن يأخذ دابته يوم غصبها، ثم قال: إنما له أن يأخذها إذا وجدها على حالها أو يأخذ قيمتها يوم غصبها، إذا كان دخلها نقص، ولا شيء، له من عملها).

=

ومن المدونة: والمتعدي يفارق الغاصب في جنايته؛ لأن المتعدي إنما جنى على بعض السلعة، والغاصب كان لجميعها غاصباً فضمنها يومئذ بالغصب، فلو تعدى رجل على صحفة أو عصا فكسرها أو خرق ثوباً، فإن كان ما صنع قد أفسد ذلك فساداً كثيراً؛ فربه مخير في أخذ قيمة جميعه أو أخذه بعينه، وأخذ ما نقصه من المتعدي.

وإن كان الفساد يسيراً؛ فليس له إلا ما نقصه بعد رفو المتعدي للثوب، وقد كان مالك يقول[1]: يغرم ما نقصه ولا يفصل بين قليل وكثير[2]، هكذا قال أشهب في

=

ولم يذكر أن يأخذ معها ما نقصها فعليه احتج بهذا ومثله، بعض المشايخ من الأندلسيين بأن هذا قول له آخر في المدونة في النقص، وإن كان من فعله أنه لا يأخذ له شيئا، كالذي يكون من عند الله، ومثله عنده قوله في: (السارق يهزل الدابة من ركوب) وفي كتاب القذف، وغير موضع في الكتاب، ألفاظ تشبه هذا وغير موضع في العتبية، وهو قول أَشْهَب أنه إنما له أخذ القيمة أو أخذها ناقصة، وهو قول سحنون ومحمد، ولم يرو في هذا القول له أن يأخذ ما نقص؛ لأنه ملك أخذ القيمة، فكأنه فسخها في بعض عبد وقيمة بعضه، ولم يراع هذا ابن القاسم في مشهور قوله، ورأى أنه لم يملك بعد القيمة حتى يختارها، فمن حجته أن يقول: أنا لا أطالبك بالغصب وأطالبك بالتعدي، واختلافهم في هذا على اختلافهم من أصل هذا الباب، وهو: من ملك أن يملك أهو كمن ملك حقيقة، أم لا؟ وقد ركب بعض مشايخنا على هذا الأصل مسائل لا تبعد من اختلافهم علي.

وذهب بعض شيوخ القرويين إلى أن ما وقع في الكتاب مما تقدم ليس بخلاف من قول ابن القاسم، وإنما هو فرق بين الهزال والعجف وبين نقص البدن؛ لأن نقص البدن لا يرجع في ثاني حال، والهزال والسمن لا يبقى على حال، وقد ترجع الدابة لحالها ثانيا، وقيل: الفرق بينهما - أيضاً - أن عجف الدابة، وما ينال من سبب الركوب، هو من سبب مباشرة الراكب، فأشبه ما كان من السماء مما لا شيء على الغاصب فيه، بخلاف ما قصده من قطع يد وعضو، وهذا فرق ليس بالبين؛ لأن العمد والخطأ في أموال الناس سواء، وما كان. من سببه ولم يقصده، فأقل أحواله أن يكون حكمه حكم الخطأ، ولا يختلف في خطإ الغاصب كما اختلف في خطأ المشتري، ورواية علي بن زياد وأَشْهَب، في العبد المغصوب إذا تغير عن حاله أن ربه بالخيار، إن أحب أن يأخذ قيمة العبد أو الدابة، ولا شيء له من غلتهما، وإن شاء أخذهما ناقصين وأخذ غلتهما، وهو أحسن من رواية ابن القاسم، وقول ابن نافع مثل قول ابن القاسم وقعت هذه الرواية في كتابي، ولم تكن في أكثر النسخ، وهي صحيحة في غير المدونة. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2321، ومابعدها.

(1) قوله: (يقول) زيادة من (ف2).

(2) في (ف2): (أو كثير)، وانظر المسألة في: المدونة: 9/311، وما بعدها.

الفساد الكثير: إنما له أن يضمنه قيمة جميع الثوب، ثم قال[1]: أو يأخذه بنقصه، ولا شيء له مما نقصه، وقاله ابن القاسم مرة ثم رجع عنه[2].

قال ابن القاسم في المدونة: وكذلك إن تعدى على عبد ففقأ عينه[3]، أو قطع جارحة له أو جارحتين، فما كان من ذلك فساداً فاحشاً حتى لم يبق فيه كبير منفعة، فإنه يضمن قيمته ويعتق عليه، وكذلك الأمة[4].

وذكر ابن حبيب قولاً آخر: أنه لا يعتق[5].

قال: والدابة مثل الثوب إن [(ش: 90/أ)] قطع لها عضواً، أو فعل بها ما أفسدها حتى لم يبق فيها كبير منفعة أخذها الجاني وغرم قيمتها، وإن كان يسيراً فإنما عليه ما نقصها كالثوب[6]، وكذلك سائر الحيوان[7].

قال في كتاب الديات فيمن تعدى على عبد رجل ففقأ عينيه جميعاً، أو قطع يديه:

---

(1) قوله: (ثم قال) ساقط من (ف2).

(2) انظر: النوادر والزيادات: 336/10.

(3) في (ف2): (عينيه أو أحدهما).

(4) انظر: المدونة: 320/9.

(5) انظر: الأحكام، لابن حبيب: لوحة: [29/ب]، والنوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 337/10، 338.

(6) عياض: وقوله في: (المتعدي يقطع يد عبدي أو أمتي أو فقأ أعينهما أو قطع أيديهما أو أرجلهما جميعا أو يداً أو رجلا ما عليه؟ قال في قول مالك: يضمن قيمة العبد كلها، إذا كانت جنايته على العبد قد أفسدته بمنزلة ما أفسد من العروض - ثم قال - ونحن نقول إذا كان فساداً لا منفعة في العبد حتى يضمنه من تعدى عليه، عتق عليه كمن مثل بعبده - ثم قال في قطع يد الدابة أو رجلها أو فقوء عينها أو قطع ذنبها - إن كان عيباً أفسد الدابة حتى لا يكون فيها كبير منفعة، أخذها الجاني، وغرم قيمة جميعها والغنم والبقر والإبل مثل الثوب)، فلم يفسر في جوابه - هنا - ورد الأمر إلى فساده، إلا أنه يفهم من قوله: إذا كان فساداً لا فيه، حتى يضمنه من تعدى عليه عتق عليه أنه يضمنه فيما يعتق عليه، وإن لم تبطل به منفعة، لكنه قد بين مذهبه في الفساد بقوله: حتى لا يكون فيه كبير منفعة، فلم يجعله فساداً يقطع منه المنفعة بالجملة. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2324 و2325.

(7) انظر: المدونة: 320/9.

فإنه يضمنه ويعتق عليه[1].

قال ابن كنانة عن مالك: إذا فقأت عين العبد، أو قطعت يده؛ فربه مخير في أخذه، وما نقصه أو تركه وأخذ قيمته، ثم يعتق على الجاني.

قال أشهب: قطع يده أشد وأفسد، من فقوء عينه الواحدة، فإن كان إذا قطع يده الواحدة أذهب أكثر منافعه؛ فليس لسيده إلا قيمته، وإن بقيت أكثر منافعه أو ذهبت منه منافع وبقيت فيه منافع[2]، ....

---

(1) انظر: المدونة: 11/400.

عياض: وبينه - أيضاً - في كتاب الديات، بتفريقه بين العينين واليدين، في التضمين وبين العين الواحدة واليد الواحدة؛ فقال: لا يضمن في ذلك، فعلى هذا يأتي كلامهم كله تفسيراً لما قال من مراعاتهم قطع يد العبد الصانع أنه يضمن، وإن بقيت فيه منافع، بخلاف التاجر. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2325.

(2) عياض: وقطع ذنب دابة الامتطاء أو أذنها على ما في كتاب ابن حبيب وابن القصار أو فقوء عين الفرس الفاره على ما لعبد الملك في الثمانية، وإن بقيت فيه منافع الحمل والركوب لغير ذوي الهيئات، لكنه أفسد على صاحبها غرضه فيها أو إفساد ضرع الشاة التي تراد للبن، وإن بقي فيها منفعة اللحم والنتاج والصوف، إذا كثر المراد منها للبن بخلاف البقرة والناقة على ما قالوه، وكان ببلادهم وشبه هذا، فكله يستفاد منه ما ذكرناه، ويحتمل ما وقع من اختلاف قول عبد الملك في كتاب ابن حبيب، في المقطوعة الأذن والمفقوءة العين أن في فره دواب الامتطاء الخلاف، فإنه مرة قال: إن قطع الأذن لا يوجب التضمين، وإنما يرجع بما نقص وهو قول مُطرِّف وأصبغ، ومرة قال: إنه يوجب التضمين؛ كقطع الذنب، وهذا القول أولى؛ إذ لا فرق بين الأذن والذنب، في اجتناب أهل المروءة، والهيئات وركوب من به ذلك، وكذلك قولهم الثلاثة إن فقأ العين في هذا النوع لا يوجب التضمين، وقال عبد الملك - أيضاً - في الثمانية: في فقوء عين الفرس الفاره... يضمن قيمته. وكذلك تفريقهم في تضمينه بإفساده ضرع الشاة الغزيرة اللبن، وبين البقرة والناقة، ومرة سوى البقرة والشاة في ذلك، وعلى الخلاف حمل المسألة اللخميّ في التعدي اليسير؛ إذا أفسد الغرض المقصود، وقد يحتمل أن اختلاف قولهم هذا ليس بخلاف في هذا الأصل، وإنما هو اختلاف في صورة هذه النوازل هل هي مفيتة للغرض المقصود منها؟ حتى كان غيره ليس بكبير منفعة لما لم يكن مقصوداً أم هل ما بقي فيه من المنافع كثير وهذا يسير في جانب ما بقي؟ وقد يحتمل أن خلاف قوله في الأذن الواحدة والعين الواحدة؛ لاختلاف الضرر في العداء عليهما، فلم يضمنه إذا كان قطع الأذن يسيراً، وهو معنى قوله عندي؛ لأنه قال: لا يركب ذو الهيئة مقطوع الذنب، ويركبه أجدع، والجدع قطع اليسير من الأذن وهي الخضرمة - أيضاً - ويكون معنى القول الآخر في تضمينه إذا

فأختار قول مالك استحساناً[1].

وأجبر سيده حملاً على الظالم، والقياس أن ليس بين أن يكون مستهلكاً فلا يكون لسيده ولا عليه إلا إسلامه بقيمته كلها، أو إمساكه[2] بلا شيء، وبين أن لا يكون مستهلكاً فلا يكون لسيده، ولا عليه إلا أن يتماسك بعبده، ويأخذ ما نقصت الجناية منه.

قال ابن القاسم: ومن كسر لرجل سوارين؛ فعليه قيمة الصياغة فقط، بخلاف العروض في الفساد الكثير، إذ لم يفسد عين الذهب، وإنما أفسد له صنعة[3]

يريد: وإن كان غاصباً؛ لزمته قيمتاهما من فضة، إن كانا من ذهب.

ومن غير المدونة: وله أن يأخذ ذهباً، أو فضة في قيمة الصياغة[4].

ومن غصب أمة فهرمت عنده؛ فذلك فوت يوجب لربها قيمتها[5]، وقال أشهب: إلا أن يشاء أخذها بغير شيء؛ فذلك له[6].

قال ابن القاسم: وكذلك إن دخلها عيب مفسد، وليس لربها فيما حدث بها بغير سبب الغاصب أخذها وما نقصها ولا للغاصب أن يلزمه أخذها، ويعطيه ما نقصها إن اختار ربها أخذ قيمتها.

ولو هلكت الأمة بيد الغاصب، وقد فَرُهَتْ وزادت قيمتها، فإنما عليه قيمتها يوم

كان اصطلم جميع الأذن، ولا فرق في القبح وتجنب ذوي الهيئات بين ركوب أقطع الأذن أو أقطع الذنب، وهذا لا يسمى جدعاً وإنما يسمى عضباً واصطلاماً، وكذلك ضمنه في فقء العين، إذا كانت حجراً قبيحة المنظر مما لا يركبها بتلك الصفة من ذكر، ولا يضمنها إذا بقيت قائمة الشخص وإن أفسد نظرها؛ لأن هذه لا يجتنب ركوبها ذو الهيئة؛ لأن تشويهها ليس بظاهر. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2325، وما بعدها.

(1) انظر: النوادر والزيادات: 10/336، 337.

(2) في (ش): (إسلامه).

(3) انظر: المدونة: 9/347.

(4) انظر: النوادر والزيادات: 10/335، 336.

(5) انظر: المدونة: 9/321.

(6) انظر: النوادر والزيادات: 10/317.

الغصب، فكما أضمنه النقص إن هلكت لا أضمنه الزيادة.

ولو غصبها صغيرة وهي تساوي مائة، فنهدت عنده، فصارت تساوي ألفاً ثم ماتت، فإنما يضمن مائة[1].

وما مات من الحيوان، أو انهدم من الربع بيد غاصب بقرب الغصب، أو بغير قربه بغير سبب الغاصب، فإنه يضمن قيمة ذلك يوم الغصب زادت قيمته عند الهلاك، أو فيما بين ذلك أو نقصت.

ولو قتل الأمةَ أجنبيٌّ عند الغاصب، وقيمتها يومئذ أكثر من قيمتها يوم الغصب؛ فلربها أخذ القاتل بقيمتها يوم القتل، ولو كانت أقل من قيمتها يوم الغصب؛ كان له الرجوع بتمام القيمة على الغاصب، وليس كالغاصب أن لو قتلها بعد أن زادت قيمتها، فإنما[2] عليه قيمتها يوم الغصب، [(ش: 90/ب)][3].

قال سحنون: إن اتبع القاتل؛ فليس له رجوع على الغاصب بتمام القيمة.

قال[4] ابن المواز: ذلك له معنى أنه أخذ من القاتل ما وجب للغاصب عليه؛ فهو غريم غريمه، ثم يرجع بتمام القيمة على الغاصب.

محمد: ولو أخذ القيمة من الغاصب، وهي أقل لم يرجع على القاتل بتمام القيمة يوم القتل.

وأشهب يقول: يرجع عليه، ولم يره محمد[5].

قال ابن القاسم: ولو غصبها وقيمتها مائة، ثم باعها وقيمتها مائتان بخمسين ومائة، ثم لم يعلم للأمة موضع، فإنما لربها على الغاصب إن شاء الثمن الذي قبض فيها، أو قيمتها يوم الغصب، كما لو ماتت في يد الغاصب بعد أن زادت قيمتها؛ لم

---

(1) انظر: المدونة: 9/320 و321.

(2) في (ف2): (وإنما).

(3) انظر: المدونة: 9/3140.

(4) بداية سقط من (ف2).

(5) انظر: النوادر والزيادات: 10/327، 328.

يضمن إلا قيمتها يوم الغصب[1].

قال: ولو ألفيت بيد المبتاع لم تحل في بدنها؛ فليس لربها إلا أخذها وترك الغاصب، أو يجيز البيع ويأخذ الثمن.

ولو ماتت بيد المبتاع؛ لم يضمنها المبتاع، ولربها أخذ الغاصب بقيمتها يوم الغصب، أو الثمن الذي أخذ فيها.

قال ابن المواز: قال أشهب: وإن استحقت بحرية؛ رجع المشتري على بائعها بالثمن، وكذلك بأنها أم ولد، أو معتقة إلى أجل، وقد ماتت عنده أنه يرجع بالثمن على بائعه، وإن كانت مدبرة؛ لم يرجع بشيء.

محمد: وكذلك المكاتبة عنده كالأمة[2].

قال ابن القاسم: ولو قتلها رجل عند المبتاع، فأخذ لها قيمة؛ فلربها إن شاء أخذ قيمتها يوم الغصب من الغاصب، وإن شاء أخذ منه الثمن وأجاز البيع، وإن شاء أخذ من المبتاع ما قبض فيها من القاتل، ثم يرجع المبتاع على الغاصب بالثمن، ولو كان المبتاع قاتلها؛ فلربها أخذه بقيمتها يوم القتل، ثم يرجع المبتاع على الغاصب بالثمن[3].

ولو وهبها الغاصب أو تصدق بها، ففاتت عند الموهوب؛ فلربها أخذ الغاصب بقيمتها يوم الغصب؛ لا يوم الهبة زادت أو نقصت[4].

ومن كتاب الغصب وكتاب الاستحقاق[5]: ومن غصب طعاماً، أو إداماً، فوهبه فأكله الموهوب، أو كانت ثياباً، فلبسها حتى أبلاها، فإن علم الموهوب أن ذلك غصب قبل أن يفيته بانتفاعه؛ فلربه إن شاء أن يتبعه بقيمة ما يقوم، وبالمثل فيما له مثل، وإن شاء اتبع به الغاصب، وإن لم يعلم الموهوب بالغصب، فإنما يرجع أولاً على الغاصب،

(1) انظر: المدونة: 9/328.

(2) انظر: النوادر والزيادات: 10/376.

(3) انظر: المدونة: 9/315، 316.

(4) انظر: المدونة: 9/313، 314.

(5) انظر: المدونة: 9/371، 372.

فإن كان معدماً رجع على الموهوب، ثم لا يرجع الموهوب على الغاصب بشيء[1].

وليس بأحسن حالاً من الوارث [(ش: 91/أ)] في الغلة، إذ لم يكن للغاصب مال.

قال محمد: قال أشهب: يتبع أيهما شاء كما قال مالك في المشتري: يأكل ذلك ويلبس.

قال ابن القاسم في المجموعة: إن كان الواهب غير غاصب، لم يتبع إلا الموهوب المنتفع[2].

قال في المدونة: وإن هلك ذلك بيد الموهوب بغير سببه ببينة، ولم يعلم بالغصب؛ لم يضمن، كان الغاصب ملياً أو معدماً[3].

ولو علم بغصبه لضمن إذ صار متعدياً، وكذلك لو أعاره الغاصب هذه الثياب، فلبسها لبساً ينقصها؛ فعلى ما ذكرنا، ثم لا يرجع بما يغرم في نقص اللبس على المعير.

قال محمد: قال أشهب: يغرم[4].

وأما إن أكرى منه الثوب، فلبسه لبساً ينقصه؛ فلربه أن يأخذ ثوبه من اللابس، ويضمنه ما نقصه اللبس، ثم للمكري الرجوع على الغاصب بجميع الكراء، ويصير كالمشتري.

قال: ومن ابتاع ثوباً أو طعاماً من غاصب، وهو يعلم بغصبه أو لا يعلم، فهلك ذلك بانتفاعه، فلربه إن شاء أخذ الثمن من الغاصب، وإمضاء البيع[5].

قال سحنون: ولا تزول العهدة على الغاصب إذا كانت قد فاتت[6].

قال ابن القاسم: وإن شاء أخذ الغاصب بالقيمة يوم الغصب فيما يقوم، أو بالمثل

---

(1) انظر: المدونة: 9/342 و343.

(2) انظر: النوادر والزيادات: 10/412، وما بعدها.

(3) انظر: المدونة: 9/371، 372.

(4) انظر: النوادر والزيادات: 10/413، 414.

(5) انظر: المدونة: 9/329، 330.

(6) انظر: النوادر والزيادات: 10/383.

فيما له مثل، أو أخذ المبتاع بالمثل فيما له مثل، وفيما يقوم بقيمته يوم أكل أو لبس أو انتفع، ثم يرجع المبتاع إذا أغرمه ذلك على الغاصب بالثمن[1].

وإن هلك ذلك بيد المبتاع بغير سببه وانتفاعه، فإن لم يعلم بغصب البائع؛ فلا رجوع للمستحق عليه، إذا قامت له على هلاك ما يغاب عليه ببينة.

وأما الحيوان والربع؛ فلا يضمن ما هلك من ذلك، أو انهدم بغير سببه. ومن ابتاع أمة فعميت عنده، ثم استحقت، فإنما لربها إن شاء أخذها بحالها، وإن شاء تركها وأخذ ثمنها من البائع، وكذلك من ابتاع داراً فاحترقت بيده][2].

قال في كتاب الشهادات: ومن مات بيده عبد، فأقام رجل البينة[3] أنه عبده؛ فلا شيء له على من مات بيده، لأنه يقول: أنا مشتر إلا أن تقوم بينة أنه غاصب[4].

ومن كتاب الغصب: ومن غصب ثياباً فباعها فلبسها المبتاع فنقصها اللبس، أو كانت أمة فقطع لها عضواً، ثم قام مستحق؛ فله أخذ عين شيئه من المبتاع مع ما نقص من[5] اللبس أو القطع، ويرجع المبتاع بالثمن كله على الغاصب، وإن شاء المغصوب أجاز البيع، وأخذ الثمن من الغاصب، وإلا أخذ منه القيمة يوم الغصب.

وإن كان النقص لغير سبب المبتاع؛ [(ش: 91/ب)] فالمغصوب منه مخير في أن يأخذ ذلك ناقصاً، ولا شيء له على المبتاع ولا على الغاصب، أو يأخذ من الغاصب الثمن، أو يأخذ القيمة يوم الغصب، كما لو حدث ذلك بيد الغاصب بغير فعله، وإن وجد ذلك بيد المبتاع سالماً؛ فليس له تضمين الغاصب، وإن حالت الأسواق، وإنما له أخذ شيئه أو أخذ الثمن من الغاصب وإجازة البيع[6].

فإن أجاز البيع بعد أن هلك الثمن بيد الغاصب، فإن الغاصب يغرمه، وليس

---

(1) انظر: المدونة: 9/329، 330.

(2) نهاية السقط في (ف2).

(3) في (ف2): (بينة).

(4) انظر: المدونة: 9/55.

(5) قوله: (من) ساقط من (ف2).

(6) انظر: المدونة: 9/316، وما بعدها.

الرضا ببيعه، يوجب له حكم الأمانة في الثمن.

قال ابن القاسم في كتاب القسم: ومن باع أمة في سوق المسلمين بعين أو بعرض أو حيوان، ثم استحقت من يد المبتاع بعد أن حالت في يده في سوق أو بدن بأمر من الله، وحال الثمن الذي بيعت به إن كان عرضاً، بزيادة أو نقص في سوق أو بدن بأمر من الله؛ فليس لربها إلا أن يأخذها بحالها، أو يجيز البيع ويأخذ من بائعها ما بيعت به على ما هو به من نقص أو نماء[1].

ومن كتاب الغصب قال: ومن استأجر ثوباً من غاصب فنقصه لبسه؛ فلربه أن يضمنه ما نقص لبسه، فهو كالمشتري، ثم للابس أن يرجع على الغاصب بالكراء[2].

ومن كتاب[3] العارية قال: ومن استأجر دابة فعطبت تحته؛ فليس لمستحقها أن يضمنه قيمتها، بخلاف من ابتاع طعاماً فأكله أوثوباً فلبسه[4].

قال: وإنما يضمن المبتاع ما هلك بانتفاعه[5].

وكذلك لو أن عبداً آبقاً وهب رجلاً شيئاً، أو عمل له عملاً له بال، ولم يعلم أنه عبد لغرم لربه ما وهبه، وقيمة عمله، إلا أن تهلك الهبة ببينة بغير سببه[6].

وإذا باع الغاصب ما غصب، ثم علم المبتاع بالغصب؛ فله رد البيع، وإن كان المغصوب منه غائباً لحجته أنه يضمنه، ويصير ربه إذا قدم مخيراً عليه، وليس للغاصب أن يترقب بنقض البيع رضا المغصوب منه، ولو كان حاضراً فأجاز البيع؛ لم يكن للمبتاع رده، وكذلك من افتيت عليه في بيع سلعته في غيبة ربها وحضوره.

ولو ابتاع أمة من غاصب ولم يعلم، ثم إن الغاصب ابتاعها من ربها؛ فليس له

---

(1) انظر: المدونة: 80/10.

(2) انظر: المدونة: 343/9.

(3) قوله: (كتاب) ساقط من (ف2).

(4) انظر: المدونة: 401/10.

(5) انظر: المدونة: 316/9.

(6) انظر: المدونة: 373/9.

نقض ما باع؛ لأنه تحلل صنيعه، وكأنه غرم القيمة له، وليس الغاصب في هذا كغيره، ولو وجدها ربها عند رجل، فباعها ربها من رجل غير الغاصب ممن رآها[1] وعرفها؛ كان نقضاً لبيع[2] الغاصب، وللمبتاع أخذها من الذي اشتراها من الغاصب[3].

[(ش: 92/أ)] ومن غصب أمة فباعها فقام ربها، وقد أعتقها المبتاع؛ فله أخذها ونقض العتق نقصت أم زادت، وله أن يجيز البيع، فإن أجازه تم العتق بالعقد الأول والعتق[4] منعقد بظاهر الشراء، إلا أن للمستحق فيه الخيار[5].

وكذلك لو أولدها المبتاع، فإن أجاز ربها البيع كانت للمبتاع أم ولد، والقول في إن لم يجزه قد تقدم قبل هذا[6].

---

(1) في (ش) و(ح): (باعها).

(2) في (ش): (للبيع).

(3) انظر: المدونة: 9/324.

(4) في (ش) و(ح): (والعقد).

(5) انظر: المدونة: 9/323.

(6) عياض: وقوله في مستحق الجارية وقد ولدت من المشتري أو أعتقها.
قال: (أما في العتق فله أن يأخذها ويردها رقيقاً، وأما إذا ولدت من المشتري، فقد اختلف قول مالك فيهاوأحب قوليه إلي أن يأخذها ويأخذ قيمة ولدها)، وهذا هو قول مالك الأول. وله في المسألة ثلاثة أقوال معلومة، نص في المدونة على اثنين منها... هذا أحدها.
والثاني: يأخذ قيمتها وقيمة الولد.
والثالث: عنه في كتاب ابن حبيب وغيره أنه الذي رجع إليه حين نزلت به، في استحقاق أم ولده محمد، وأفتى بها، وحكم في مسألته بقوله: إذ ليس له إلا قيمتها فقط، وهو قول عبد الملك وابن دينار وابن أبي حازم والمغيرة وابن كنانة، وقد ذكروا في غير كتاب ابن حبيب أنه كان قول مالك القديم.
قال ابن لبابة وأبو عِمرَان، وقد أشار إلى هذا في كتاب الغصب من المدونة، وفي كتاب الاستحقاق وذكر ابن لبابة لفظه الذي قدمناه.
قال القاضي: وليس فيه بيان ولا يتفهم منه هذا القول ولا التفرقة بين العتق والولادة؛ إذ ليس فيه إلا الإشارة إلى اختلاف قوله، وظاهر ما نص عليه مما سمعه منه من القولين المتقدمين؛ إذ هذا القول الثالث ليس مما سمعه منه، وإنما حدث رأي مالك فيه على ما في كتاب ابن حبيب، آخر أمره بعد فراق ابن القاسم ورجوعه إلى مصر، والله أعلم، لكن ما في كتاب الاستحقاق يحتمل أكثر مما في

قال: وللمغصوب منه أن يأخذ عين شيئه؛ ما لم يتلفه الغاصب بصنعة يغير معناه، ويغير اسمه، فإن غصبه خشبة أو حجراً فبنى عليها، أو ثوباً فظهر به جبة فله عين شيئه، ويفتق له الجبة، ويهدم له البنيان، والهدم والفتق على الغاصب[1].

ومن الحاوي قال مالك: فيمن ابتاع خشبة فبنى عليها؛ فليس لربها قلعها للضرر، إذ ليس الباني بغاصب.

ومن المدونة: وإن غصب ودِيّاً[2] صغاراً فغرسها فصارت بواسق؛ فلربها أخذها كصغير من الحيوان يكبر[3].

قال سحنون: وذلك إذا كانت إن قلعت ثبتت في أرض أخرى[4].

قال ابن القاسم: وإن غصبه خشبة، فعمل منها باباً[5] أو تراباً فعمله طوبا أو ملاطاً[6]، أو حنطة فزرعها، فحصد منها حباً كثيراً، أو نحاساً أو حديداً فعمل منه آنية أو سيوفاً، أو غصب فضة، فصاغها حلياً، أو ضربها دراهم، فإنما عليه في هذا كله مثل ما غصب في صفته ووزنه أو كيله[7]، أو القيمة فيما لا يكال ولا =

كتاب الغصب بعض التأويل، فانظر لفظه في الموضعين، وسنذكرها في الاستحقاق إن شاء الله. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2331، وما بعدها.

(1) انظر: المدونة: 9/352، وما بعدها.

(2) عياض: (والودي)- بكسر الدال وتشديد الياء - صغار النخل، التي تنقل للغرس. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2335.

(3) انظر: المدونة: 9/349، 350.

(4) انظر: النوادر والزيادات: 10/325.

(5) قوله: (باباً) ساقط من(ش) و(ح).

(6) في (ش): (بلاطاً)، والمثبت موافق لما في المدونة.
عياض: (فجعله مِلاطاً) - بكسر الميم - أي: طيناً. اهـ. انظر التنبيهات المستنبطة، ص: 2335.
وقال أيضاً: الملاط الطين الذي يجعل بين أثناء البناء. انظر: مشارق الأنوار: 1/380.
وفي التهذيب: تراباً فعمله بلاطاً، وقال القاضي عبد الوهاب: تراباً فعمله بلاطاً، انظر: عيون المجالس: 4/1747. والبلاط بالفتح: الحجارة المفروشة في الدار وغيرها، انظر: الصحاح، للجوهري: ص 1117.

(7) عياض: ومسألة: (من اغتصب فضة فصاغها دراهم أو حلياً)، سقطت عند ابن أبي سليمان وثبتت =

يوزن[1]، وكذلك في السرقة.

قال في كتاب السرقة: فيمن سرق فضة فصاغها، ولا مال له؛ فله أمر ربها بأخذها، وغرم أجر الصياغة فيصير فضلاً، بين الفضتين[2].

يريد: وإن رضى لم يجز، ولا أسلمها إليه فأظلم السارق، ولكن له عليه مثل فضته.

ومن كتاب الغصب: ومن غصب ثوباً فصبغه، فإن شاء ربه أعطاه قيمة الصبغ، وأخذه أو ضمنه قيمته يوم الغصب[3]، ولا يكونان شريكين[4] في الغصب[5].

قال أشهب: له أخذ ثوبه مصبوغاً، وسويقه ملتوياً، ولا شيء عليه[6].

قال ابن القاسم: فإن كانا عديمين بيع الثوب على من يصير إليه، فيما يلزمه لصاحبه على ما ذكرنا[7].

قال في كتاب تضمين الصناع: فإن قطعه الغاصب وخاطه؛ فلربه أخذه، ولا غرم

=

لغيره، وقوله في تقويم الخمر: (يقومها أهل دينهم)، كذا روايتنا، وكذا عند ابن عتاب وهي رواية ابن باز، وحوق عليها في كتاب ابن المرابط، وقال ضرب عليه عند يحيى، وكذا في أصل الأسدية، وفي نسخ: يقومها من يعرف القيمة من المسلمين، وكذا في كتاب ابن سهل، وهي رواية الدباغ، في حاشية ابن المرابط، وعليه اختصر أكثر المختصرين. قال فضل: وهي روايتنا عن عبد الرحيم، وقد اختلف فيه قول ابن القاسم. قال أحمد بن خالد: كذا أصلحت وكانت في الأسدية خطأ، والقولان معروفان، وفيها أقوال أخر معلومة كلها ترجع إلى معنى واحد، إلا ما هٰهنا. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2336.

(1) انظر: المدونة: 9/349، وما بعدها.

(2) انظر: المدونة: 11/146.

(3) عياض: وقوله: (في غاصب الثوب يصبغه، ربه بالخيار في تضمينه أو دفع قيمة صبغه) ونحوه في اللقطة، وقال في كتاب السرقة خلافه ولا يكون بالخيار وله قيمته. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2338.

(4) قوله: (يكونا) يقابله في (ش) و(ح): (يكونان).

(5) في (ف2): (الثوب)، وانظر المسألة في: المدونة: 9/357، 358.

(6) انظر: النوادر والزيادات: 10/324.

(7) انظر: المدونة: 9/358.

عليه في الخياطة، أو يضمنه قيمته يوم الغصب[1].

وأما إن غصبه سويقاً فلته[2]، فإن عليه سويقاً مثله، ولا يجوز أن يتراضيا أن يأخذه، ويعطيه ما لتَّه به؛ لأنه التفاضل[3] بين الطعامين.

وإن اغتصبه حنطة فطحنها دقيقاً، فأحب ما فيه إلي أن يضمنه مثل حنطته[4].

قال أشهب: وإن شاء أخذ الدقيق، ولا شيء عليه في طحينه[5].

ابن [(ش: 92/ب)] القاسم: ومن غصب طعاماً، أو إداماً فاستهلكه؛ فعليه مثله بموضع غصبه، فإن لم يجد هناك مثله، لزمه أن يأتي بمثله إلا أن يصطلحا على أمر جائز، فإن لقيه بغير ذلك البلد؛ لم يقض له عليه هناك بمثله، ولا بقيمته[6].

وأما العروض والرقيق والحيوان؛ فله قيمة ذلك ببلد الغصب يوم الغصب، يأخذه بتلك القيمة، أين ما[7] لقيه من البلدان، نقصت القيمة في غير البلد أم زادت.

ومن المجموعة: ومن سرق شيئاً، فحمله إلى بلد آخر، قال مالك: أما العبيد والدواب فله أخذهم حيث وجدهم، وليس له أكثر من ذلك وأما البز والعروض فربه مخير بين أخذه،أو أخذ قيمته في موضع سرق منه، وأما الطعام فإنما له أن يأخذه بطعام مثله في موضع سرقه منه[8].

قال: وكذلك من تعدى على طعام، وعنده وديعة فنقله؛ فليس له أخذه بغير البلد، وقاله ابن القاسم.

---

(1) انظر: المدونة: 8/11.

(2) في (ف2): (فلتها).

(3) في (ف2): (تفاضل).

(4) انظر: المدونة: 9/345.

عياض: وقال - هنا - في (غاصب السويق يلته)، (والحنطة يطحنها)، عليه مثلها. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2338، 2339.

(5) انظر: النوادر والزيادات: 10/324.

(6) انظر: المدونة: 9/329، 330.

(7) في (ش) و(ح): (أيما).

(8) انظر: البيان والتحصيل لابن رشد: 11/271، والنوادر والزيادات: 10/318.

وقال أشهب: ذلك له إن شاء، وأنكر ذلك سحنون.

وقال سحنون: والبز والرقيق عندي سواء ليس له إلا أخذه بعينه، واختلاف البلدان في ذلك كتغير الأسواق.

قال ابن القاسم: فإن اتفق المتعدي ورب الطعام على أخذه بعينه بغير البلد، أو مثله أو الثمن الذي بيع به فذلك جائز، فأما على أخذ طعام يخالفه فلا يجوز[1].

وأما من لك عليه طعام ابتعته منه بعينه، فتراضيتما أن يعطيك مثله بغير البلد، فهذا لا يجوز؛ لأنه بيع طعام بطعام ليس يداً بيد.

قال في المدونة: ومن غصب لرجل قمحاً، ولآخر شعيراً فخلطهما؛ فعليه لكل واحد منهما مثل طعامه[2]، وإن غصبه سواراً[3] من ذهب فاستهلكه؛ فعليه قيمته مصوغاً[4] من الدراهم، وله أن يؤخر بتلك القيمة؛ لأنه لم يجب له ذهب ففسخه في فضة، وإنما أوجب له القضاء فضة، فله تأخيرها[5]، وقاله أشهب[6].

وإن غصب مسلم من مسلم خمراً فخللها؛ فلربها أخذها إذ قد خللت[7]، وليس للغاصب فيها صنعة يحتج بها، ولو غصب لذمي خمراً، فأتلفها فعليه قيمتها يقومها من يعرف القيمة من المسلمين.

ومن غصب جلد ميتة غير مدبوغ[8]؛ فعليه إن أتلفه قيمته كما على قاتل الكلب، وهو لا يباع، ويغرم قيمة الكلب ما بلغت، ولا يعرف مالك أنَّ في كلب الماشية شاة، وفي كلب الصيد أربعين درهماً، وفي كلب الزرع فرقاً من طعام[9].

---

(1) انظر: النوادر والزيادات: 10/318، 319.

(2) انظر: المدونة: 9/348.

(3) في (ف2): (سوارين).

(4) في (ف2): (قيمتهما مصوغين).

(5) انظر: المدونة: 9/346.

(6) انظر: النوادرو الزيادات: 10/335، 336.

(7) في (ش) و(ح): (حلت).

(8) في (ش) و(ح): (غرمه).

(9) انظر: المدونة: 9/350، 351.

روي غيره عن مالك في الحاوي: أنه لا شيء على مستهلك جلد ميتة غير مدبوغ.
قال إسماعيل[1]: إلا أن يكون لمجوسي[2].

قال ابن القاسم: إذا تظالم أهل الذمة إلينا في غصب الخمر أو فسادها؛ قضينا بينهم فيها، إذ هي من أموالهم، ولا أقضي بينهم في تظالمهم في الربا، وترك الحكم بينهم [(ش: 93/أ)] في كل شيء أحب إلي، لقول الله تبارك وتعالى: ﴿فَٱحۡكُم بَيۡنَهُمۡ أَوۡ أَعۡرِضۡ عَنۡهُمۡ﴾ [سورة المائدة آية: 42][3].

جامع القضاء والدعوى في الغصب وباقي مسائل الأقضية فيه

قال ابن القاسم: ومن ادعى على رجل غصباً، وهو مما لا يتهم بذلك؛ عوقب المدعي، وإن كان متهماً؛ نظر في ذلك الإمام وأحلفه، فإن نكل؛ لم يقض عليه حتى يرد اليمين على المدعي كسائر الحقوق[4].

ومن غصب أو انتهب صرة ببينة ثم قال: كان فيها كذا، والمغصوب يدعي أكثر؛ فالقول قول الغاصب مع يمينه[5].

---

(1) في (ف2): (الحسن)، المثبت موافق لما في النوادر.
(2) انظر: النوادر والزيادات: 10/355.
(3) انظر: المدونة: 9/354.
عياض: ومسألة الحكم بين أهل الذمة في الربا وقوله: (والترك أحب إلي)، اختلف في تأويل كلامه، فقيل: الترك أحب إلي من الحكم بينهم... في كل شيء. وقيل: بل هو إنما يرجع إلى الحكم بينهم في الربا خاصة.
ومعنى قوله: (إذا تظالموا بينهم في الربا لم أحكم بينهم)، قيل: إذا طلبوا أن يحكم بينهم فيه بغير حكم المسلمين، وأما على حكم المسلمين فلا يكرهه، وقيل: بل كره الحكم بينهم فيه جملة؛ لأن حكم الإسلام في حقهم غير متوجه، إذ ليسوا بمسلمين، كما قال في مسألة الحكم في الطَّلاق بينهم وغيرها والخلاف في تأويل ذلك. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2337، 2338.
(4) انظر: المدونة: 9/344.
(5) انظر: المدونة: 9/326.

وكذلك لو قال: غصبت الثوب خلقاً، وقال ربه: بل كان جديداً، فإن حلف وأدى قيمته خلقاً، ثم قامت بينة أنه كان جديداً؛ فإن كان ربه عالماً بالبينة؛ فلا شيء له، وإن لم يكن عالماً؛ وهذا في كل الحقوق رجع بتمام القيمة حلف عند السلطان أو عند غيره[1].

ولو أقرك أنه غصبه هذا الخاتم ثم قال: وفصه لي لم يصدق إلا أن يكون كلامه نسقاً، وكذلك إن أقر لك بجبة ثم قال: بطانتها لي، أو بدار ثم قال: بنيانها لي[2].

وإذا ادعى الغاصب هلاك ما غصب من أمة أو سلعة[3]، واختلفا في صفتها؛ فالقول قول الغاصب مع يمينه، فإن جاء بما لا يشبه؛ صدق المغصوب منه مع يمينه، ولو قضينا بقول الغاصب في القيمة ثم ظهرت السلعة، أو الأمة عنده بعد الحكم، فإن علم أنه أخفاها؛ فلربها أخذها ورد ما أخذ، وإن لم يعلم ذلك، وظهرت أفضل من تلك الصفة بأمر بين؛ فإنما له الرجوع بتمام القيمة، كأن الغاصب لزمته القيمة فجحد

---

(1) انظر: المدونة: 9/344، 345.

(2) انظر: المدونة: 9/353.

عياض: وقوله: (فجعله مِلاطا لبنياني) - بكسر الميم - أي طينا.

وهذه المسألة ثابتة في أكثر الأصول، وكتب عليها في كتاب ابن المرابط: صحت ليحيى وأحمد. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2335.

(3) عياض: وقوله: (إن ادعى الغاصب هلاك الجارية وحلف على صفتها وغرم القيمة، ثم ظهرت بعد ذلك مخالفة للصفة أن للمغصوب منه الجارية أن يزاد إلى ما أخذ تمام قيمة الجارية)؛ يعني جاريته له؛ لأنه إنما جحده بعض القيمة، كذا أصلحها سحنون، وكذا في كتاب أبي إبراهيم، وكذا خرجها في كتاب ابن المرابط، وكان في أصله: فيكون للمغصوب منه الجارية أن يأخذ من الغاصب تمام القيمة؛ لأنه إنما جحده بعض القيمة،... وهما بمعنى. وفي بعض الروايات: (فيكون للمغصوب منه الجارية أن يرد ما أخذ ويأخذ جاريته، وإن شاء تركها وحبس ما أخذ من القيمة، قيل: هذا قول مالك؟ قال: هذا رأيي).

وكذلك في كتاب ابن عتاب وعلم عليه، قال ابن وضاح: قال سحنون: لست أعرفه يقول هذا، وتركه ولم يعرضه سحنون، قال يحيى بن عمر: روى أصبغ وأبو زيد عن ابن القاسم أن لربها أن يرد ما أخذ ويأخذ جاريته. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2330، 2331.

بعضها[1].

وقال في المكتري أو المستعير يتعدى المسافة فتضل الدابة فيغرم قيمتها فتوجد: فلا شيء لربها، ولو شاء لم يعجل، ولو غصبك أمة بعينها بياض فباعها، ثم ذهب البياض، ولم تعلم أنت فأجزت البيع، ثم قبضت الثمن، ثم علمت بذهابه، فلم ترض بالبيع؛ فقد لزمك ذلك[2].

وإن قامت بينة أنه غصبك أمة لا يدرون قيمتها؛ وصفوها وقومت تلك الصفة.

وإن شهدوا على ميت أنه كان غصب هذه الدراهم من فلان، فإن عرفوها بأعيانها كانت لهم دون غرماء الميت[3] محمد: يعني يعرفونها في الدراهم القليلة.

قال ابن القاسم: وإن أقمت شاهداً واحداً أن فلاناً غصبك هذه الأمة، وشاهداً آخر على إقرار الغاصب أنه غصبكها؛ تمت الشهادة.

ولو شهد أحدهما أنها لك، وشهد آخر أنه غصبكها؛ فقد اجتمعا على إيجاب ملكك لها ولم يجتمعا على إيجاب الغصب ويقضى لك بأخذها، فإن تغيرت كان لك أن تحلف مع الشاهد بالغصب، ويضمن الغاصب القيمة[4]، ومن أقام شاهدًا أن هذه

---

(1) انظر: المدونة: 9/326.

(2) انظر: المدونة: 9/323.

(3) انظر: المدونة: 9/352.

(4) عياض: وقوله في شاهد بالملك، وآخر بالغصب: (لا أراها شهادة واحدة، فإن كان قد دخل الجارية نقص حلف مع شاهد الغصب؛ وأخذ قيمتها إن شاء) م يجعلها شهادة واحدة في الفوات؛ إذ لم يتفقا على الغصب، فيضمنه ولا على الملك في القيام، فيأخذها بيمين بعد القضاء أنه لم يفت وأنها ملكه، إذ لم يشهد شاهد الغصب بالملك التام، وإذ لو شهد شاهدان بالملك لما حكم له بها، حتى يحلف يمين القضاء أنها ما خرجت من ملكه، ولو تمت الشهادة على الغصب ردت إليه، ولم يحلف؛ ولأن الشهادة بالغصب ليست بشهادة على الملك، إذ قد يقول: لا أدري أنها ملكه ولعلها عنده وديعة أو عارية أو رهن أو بإجارة، وإنما رأيت أخذها من يده، وقد ذكر أبو عِمرَان عن أصبغ: أن ابن القاسم رجع عما في كتاب الغصب.

وقال: أراها شهادة واحدة، إذا لم تفت الأمة.

قال القاضي: وهذا كله عندي غير اختلاف، وإنما لم يرها في كتاب الغصب شهادة واحدة؛ لما قلناه، وجعلها في الرواية الأولى شهادة واحدة، ولم يقل تامة؛ لأنها توجب في قيامها تشيد القائم عليها =

الأرض له، وشهد آخر أنها حيزه[1]؛ قضي له بها والحيز من قولك: هذا حيز [(ش: 93/ب)] فلان، وهذا حيز فلان[2].

وإن شهدت بينة أنه غصبك أمة أو ثوباً، لا يدرون لمن ذلك؛ فذلك تمليك لك ويقضى عليه برد ذلك إليك.

ومن غصب شيئاً، ثم أودعه فهلك[3] عند المودع؛ فليس لربه تضمين المودع، إلا أن يتعدى.

ومن باع أمة، ثم أقر أنه كان غصبها من فلان لم يصدق[4] على المبتاع، ويضمن

=

دون الحكم له بملكها، حتى يحلف مع شاهد الملك ويمين القضاء وحتى لو جاء آخر بشاهدين على الملك أو بشاهد عليه وأراد أن يحلف معه كان أحق بها إلا أن يحلف هذا مع شاهد الملك.

واختلف: هل يمينه مع شاهد الملك معارض لشاهدين بملك غيره أو يرجح عليه الشاهدان. وعلى هذه الرواية الأخيرة في المسألة اختصر أبو محمد المسألة، وقال: فقد اجتمعا على إيجاب الملك، ولم يجتمعا على إيجاب الغصب واتبعه أكثر المختصرين، وقد قال بعد هذا: إذا شهدوا أنه غصبها منه فقد شهدوا أنها له، وإن قالوا: لا ندري، أهي للمغصوب أم لا؟ ثم قال: أما كنت ترده عليه، وهذا إنما يريد ردها إليه بتقدم يده عليها على ما قدمناه. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2328، وما بعدها.

(1) عياض: وقوله: (فيمن أقام شاهداً على أرض أنها له وشاهداً آخر أنها حيّزه) بتشديد الياء - كذا روايتنا في هذا الحرف، وكذا ضبطه ابن سحنون، وجاء في رواية الأجدابي: حيْزه - بسكون الياء - وهما صحيحان، كما قيل: هيّن وهيْن.

قال سحنون في المجموعة: ومعناه الملك؛ أي: ملكه وحقه.

قالوا: ولو أراد بقوله: حيزه غير الملك، وإنما أراد به الحوز لم تكن... شهادة بالملك.

قال سحنون: ولا يقضى له بها حتى يشهدوا له بالملك، وأنه كان يحوزها بحقه؛ يريد ولا يتم له الملك والحكم به إلا باليمين مع شهادة شاهد الملك، لكن شهد له - هنا - باليد، فإن جاء من يشهد له بالملك كان... أحق منه.اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2327، 2328.

(2) انظر: المدونة: 9/ 321.

(3) في (ف2): (ثم هلك).

(4) في (ش): (لم يصدقه).

لربها القيمة، إلا أن يشاء ربها أخذه بالثمن؛ فذلك له[1].

باب مسائل من التعدي من غير كتاب

قال ابن القاسم في كتاب اللقطة: ومن حلَّ دواباً من مرابطها فذهبت؛ ضمنها، كالسارق يدع الباب مفتوحاً، ولا ساكن في الدار، فيذهب شيء[2] منها.

ولو فتح باب دار فيها دواب فذهبت، فإن كانت مسكونة فيها أهلها لم يضمن، وإن[3] لم يكن فيها أربابها ضمن، ولو كان ربها فيها نائماً لم يضمن، وكذلك السارق يدع الباب[4] مفتوحاً، وأهل الدار نيام، ولو تركه مفتوحاً، وقد خرجت صاحبة الدار لزيارة أهلها[5] أو لغير ذلك؛ ضمن[6] ما ذهب منها، وكذلك الحوانيت يتركها مفتوحة[7]، وليست بمأهولة[8].

قال أشهب: إذا كانت الدواب التي في الدار مسرحة ضمن، وإن كان رب الدار فيها[9].

قال ابن القاسم: ومن فتح باب قفص فيه طير فذهب الطير؛ ضمن، ولو حل عبداً من قيد قُيِّد به لخوف إباقه؛ ضمنه[10].

وفي باب القضاء بالمرفق: ذكر من أرسل في أرضه ماء، أو ناراً فأهلك به زرع

---

(1) انظر: المدونة: 9/324.

(2) في (ح): (شيئاً).

(3) في (ش) و(ف2): (فإن).

(4) في (ف2): (الدار).

(5) في (ش): (جارتها).

(6) في (ح): (لضمن).

(7) في (ح): (مفتحة).

(8) انظر: المدونة: 10/415، 416.

(9) انظر: التبصرة، للخمي، ص: 3227.

(10) انظر: المدونة: 10/416.

جاره، وفي اختصار[1] الصيد القول فيمن أخذ شيئاً من حمام الأبرجة، ونحل الأجباح المملوكة.

ومن كتاب العارية: وإذا أمرت من يضرب عبدك عشرة أسواط ففعل، فمات العبد منها؛ فلا شيء لك عليه، واستحب له أن يكفر كفارة الخطأ، ولو زاد على العشرة زيادة يعلم أنها أعانت على قتله لضمنه[2]، وهذا لم يروه يحيى بن عمر.

قال في كتاب[3] تضمين الصناع: فيمن اختلط له دينار مع مائة دينار لغيره، ثم ضاع من الجملة دينار[4].

قال مالك: هما فيه شريكان، صاحب الدينار بجزء من مائة جزء وجزء، وصاحب المائة دينار بمائة جزء من مائة جزء وجزء.

قال[5] ابن أبي سلمة: قد علمنا أن لصاحب المائة تسعة وتسعين فيأخذها، وإنما الشك في الدينار الباقي، فيقسم بينهما.

قال ابن القاسم: وبه أقول[6].

وإن وقع لك رطل زيت في زق زنبق[7] لرجل، فإنه يعطيك رطلاً من زيت آخر مثل زيتك، فإن أبى؛ فلك رطل من الزنبق المختلط بالزيت[8].

وفي الوديعة ذكر من أخلط[9] قمحاً بشعير لرجل[10].

---

(1) في (ح): (باب).

(2) انظر: المدونة: 390/10.

(3) قوله: (كتاب) زيادة من (ح).

(4) قوله: (لغيره ثم ضاع من الجملة دينار) زيادة من (ح).

(5) في (ح): (وقال).

(6) انظر: المدونة: 25/8.

(7) عياض: الزنبق - بفتح الزاي بعده نون - دهن مطيب. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 1002.

(8) انظر: المدونة: 27/8.

(9) في (ش): (اختلط).

(10) انظر: المدونة: 359/10.

وفي تضمين الصناع، وغيره من معاني هذا الباب في التعدي والضمان.

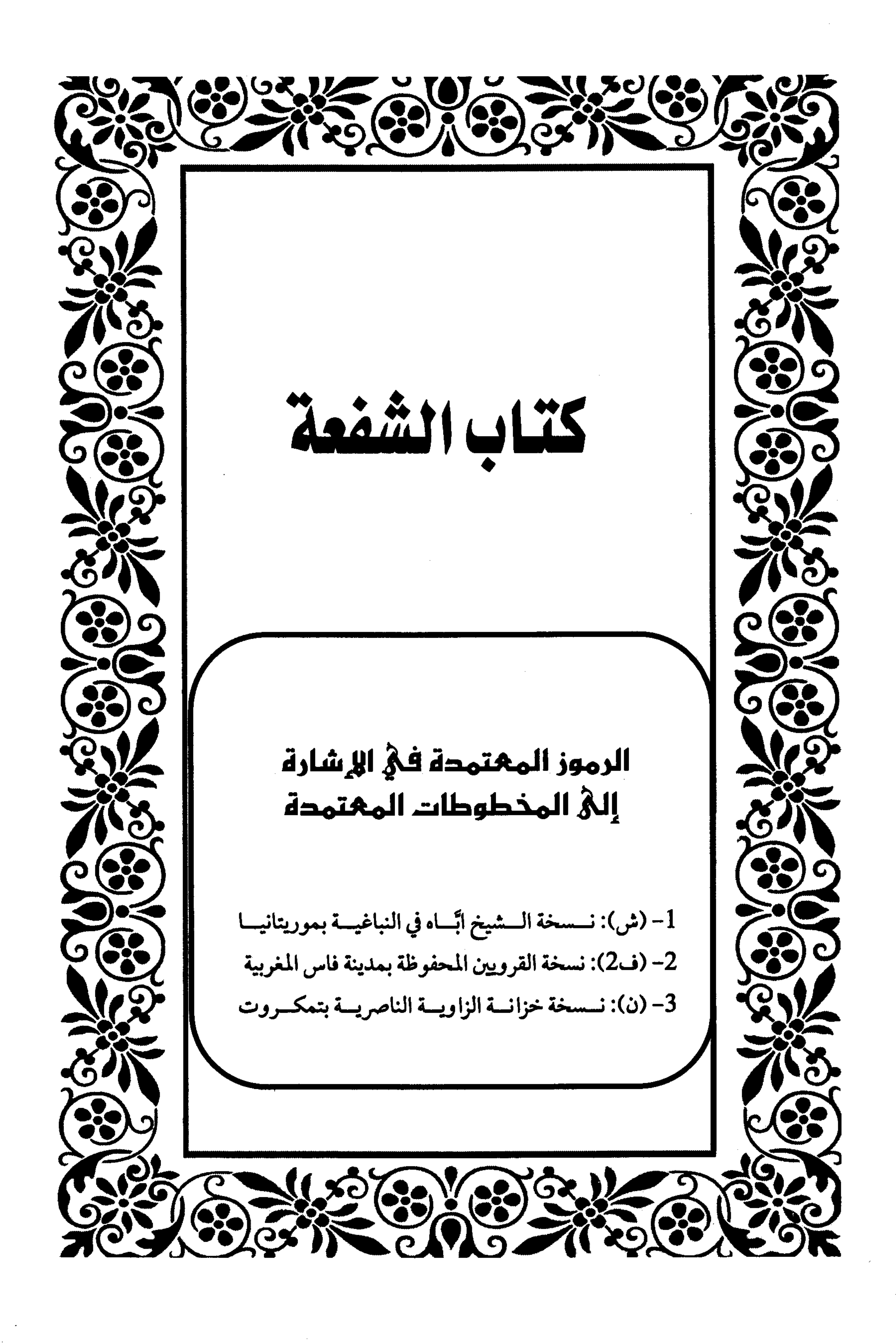
قال في كتاب الحج: وإذا صاد محرم صيداً، أو كان معه عند إحرامه فأطلقه [(ش: 94/أ)] له رجل فلا شيء عليه؛ لأنه فعل ما كان على المحرم أن يفعله[1].

وفي اختصار الديات شيء من معاني هذا الباب.

تم كتاب الغصب بحمد الله وعونه وتوفيقه



(1) انظر: المدونة: 2/424.



كتاب الشفعة

الرموز المعتمدة في الإشارة إلى المخطوطات المعتمدة

1- (ش): نسخة الشيخ ابَّاه في النباغية بموريتانيا

2- (ف2): نسخة القرويين المحفوظة بمدينة فاس المغربية

3- (ن): نسخة خزانة الزاوية الناصرية بتمكروت



كتاب الشفعة[1] من المختلطة[2]

القضاء فيما فيه الشفعة وما لا شفعة فيه
وما تنقطع به الشفعة من الأمد
أو التسليم وغيره والتلوم في الثمن[3]
ومن رجع بعد أن أخذ أو بعد أن أسلم[4]
وبيع الشفعة وشفعة الغائب والصغير والذمي والعبد
والمديان وذات[5] الزوج والوارث والتسليم في ذلك كله[6].

روى مالك وغيره أن رسول الله ﷺ قال: **«الشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود فلا شفعة»**[7].

---

(1) عياض: هذه اللفظة - بسكون الفاء - ولأصل تسميتها بذلك وجوه:
فقيل: هو من الشفع، وهو ضد الوتر؛ لأنه يضم هذا المشفوع فيه إلى ماله، فتصير الحصة حصتين والمال مالين. وقيل: هو من الزيادة؛ لأنه يجمع مال هذا إلى ماله ويضيفه إليه ويزيده له، والشفعة: الزيادة؛ قال الله تعالى: ﴿مَّن يَشْفَعْ شَفَٰعَةً حَسَنَةً﴾ [سورة النساء آية: 85]، قيل: يزيد عملاً صالحاً إلى عمله، وهو قريب من المعنى الأول، وقيل: هو من الشفاعة؛ لأنه يشفع بنصيبه إلى نصيب صاحبهن، وقيل: بل كانوا في الجاهلية إذا باع شريك الرجل حصته أو أصله، أتى المجاور شافعاً إلى المشتري؛ ليوليه إياه ليصله بملكه ويخلص له، فيسأله حتى يشفعه فيه. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2369.

(2) قوله: (من المختلطة) ساقط من (ن) و(ف2).

(3) في (ش): (اليمين).

(4) في (ش): (سلم).

(5) في (ن): (وذوات).

(6) قوله: (كله) ساقط من (ش).

(7) متفق عليه، أخرجه البخاري: 2/770، في باب بيع الشريك من شريكه، من كتاب البيوع، برقم: 2099، ومسلم: 3/1229، في باب الشفعة، من كتاب المساقاة، برقم: 1608، ومالك مرسلاً: 2/713، في باب ما تقع فيه الشفعة، من كتاب الشفعة، برقم: 1395، من حديث جابر ﷺ بلفظ: «الشُّفْعَةَ فِيمَا لَمْ يُقْسَمْ، فَإِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ وَصُرِّفَتِ الطُّرُقُ فَلاَ شُفْعَةَ».

قوله[1]: إذا وقعت الحدود، دليل على[2] أن لا شفعة إلا فيما فيه الحدود من ربع، أو أرض أو عقار.

قال ابن القاسم: قال مالك[3]: فالشفعة فيما لم يقسم بين الشركاء من دار، أو أرض أو نخل أو شجر، وما قسم ومُيِّز[4] فلا شفعة فيه، وإن قسمت البيوت وبقيت الساحة،أو قسمت النخل وبقي فحلها بينهم[5]، أو ما تسقى[6] به أرض أو نخل من عين، أو بئر أو نهر فلا شفعة به، ولا فيه[7].

قال ابن القاسم: فمن باع حظه من تلك الساحة، أو الفحل أو النهر أو البئر، أو العين بعد قسم العرصة أو الحائط، فلا شفعة لشركائه[8].

وهو الذي جاء فيه ما جاء ألا شفعة في بئر ولا فحل نخل[9].

ولو باع حظه منه، ومن الأرض أو من[10] الشجر قبل القسم فالشفعة في الجميع[11].

ولا شفعة في بئرٍ لا بياض لها، أو لا نخل لها، و[12] إن سُقي بها زرع، أو نخل والبئر[13] والعين مثله، ولو أن لها أرضاً أو نخلاً لم تقسم[14] فباع حصته من البئر، أو

---

(1) في (ش): (وقوله).

(2) قوله: (على) ساقط من (ن).

(3) قوله: (قال مالك) ساقط من (ن).

(4) في (ش) و(ف2): (مميز).

(5) انظر: المدونة: 9/407، وما بعدها.

(6) في (ن): (يسقى).

(7) انظر: المدونة: 9/456.

(8) انظر: المدونة: 9/407.

(9) انظر: الموطأ: 2/717.

(10) قوله: (من) زيادة من (ن).

(11) انظر: المدونة: 9/444.

(12) قوله: (و) زيادة من (ن).

(13) في (ش) و(ف2): (فالنخل).

(14) في (ش) و(ف2): (لم يقسم).

العين خاصة، ففيه الشفعة بخلاف بيعه لمشاع[1] البئر، بعد قسم الأصل أو الأرض[2].

والطريق يبقى بينهم بعد القسم لا يتشافعون بها كالساحة.

والشفعة في الغياض، والآجام[3] إن ملكوا الأرض[4].

ومن له طريق في دار فبيعت الدار فلا شفعة له، ولا لأهل سكة لا تنفذ فيما باع أحدهم.

ومن له علو دار ولآخر سفلها فلا شفعة لأحدهما[5] فيما باع الآخر منها.

وإن باع أحدهما حظه من حائط بينهما فالشفعة للآخر، وإن[6] ملكه أحدهما، وللآخر فيه حمل خشب فلا شفعة لمن له الحمل، والنخلة بين الرجلين لا شفعة بينهما فيها، إذ لا تنقسم بحال، وعبد الملك يرى فيها الشفعة[7].

---

(1) في (ن): (لمبتاع)، والمثبت موافق لما في التهذيب: 4/155.

(2) انظر: المدونة: 9/456، 457.

عياض: وقوله في البئر: (إذا قسمت فلا شفعة فيها)، وفي العتبية: فيها الشفعة.

قال سحنون: ليس بخلاف.

ومعنى ما في العتبية هي آبار كثيرة تقسم، وما في المدونة بئر واحدة... لا تنقسم، وقال ابن لبابة: معنى ما في المدونة لا فناء لها، وما في العتبية لها فناء وأرض مشتركة، يجعل فيها القلد ويقسم فيها ماؤها، وذهب اللخميّ وغير واحد إلى أنه اختلاف من قوله: إما على أصله في اختلافه في الشفعة فيما لا ينقسم عند بعضهم أو على الخلاف في الشفعة فيما هو متعلق بالأصول عند آخرين، كالنخل والنقض، وكذلك هذا الاختلاف عند بعضهم في الكثير منها والواحدة سواء، إذا لم يكن معها أرض. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2415، 2416.

(3) عياض: الغياض: الشجر الملتف، والآجام: مثله، وكذلك القصب الملتف وشبهه اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2414، 2415.

(4) انظر: المدونة: 9/476.

(5) في (ن): (لأحدهم).

(6) في (ن): (فإن).

(7) انظر: النوادر والزيادات: 11/114.

ومن باع نخلة [(ش: 94/ب)] له في جنان رجل فلا شفعة لرب الجنان فيها.

ولو أن بينهما أرضاً ونخلاً فاقتسما النخل، وتركا[1] الأرض فلا شفعة لأحدهما فيما[2] باع الآخر من النخل. غمزها[3] سحنون.

ورأى مالك في الثمار الشفعة ببيع[4] أحدهم حصته منها في الشجر قبل يبسها، والأصل لهم أو بأيديهم في مساقاة، أو حبس ما لم ييبس قبل قيام الشفيع أو تباع وهي يابسة، وقال: ما علمت أن أحداً قاله قبلي، وأما الزرع يبيع أحدهم حصته منه بعد يبسه فلا شفعة فيه[5]، وهو لا يباع حتى ييبس[6].

وكل ما بيع من[7] سائر الثمار مما فيه الشفعة قبل يبسه، فبيع بعد اليبس في شجره، فلا شفعة فيه كالزرع كما لا جائحة فيه حينئذ، ولا في زرع.

واستحسن مالك الشفعة في البناء القائم لقوم في عرصة ليست لهم، كأهل حبس

---

(1) في (ش): (وترك).

(2) في (ش) و(ن): (فيها).

(3) في (ش) و(ن): (غيرها).

(4) في (ن): (يبيع).

(5) عياض: وقوله: (قال مالك في الشريكين في الزرع يبيع أحدهما نصيبه بعدما يبس وحل بيعه لا شفعة فيه إذا حل بيعه).

قال بعض شيوخنا: يخرج من هذا قول آخر في الشفعة في الزرع، إذا بيع قبل يبسه، كما قال في الثمار؛ لقوله: (لا شفعة له في الزرع إذا حل بيعه)، وأما أن يكون إذا بيع مع الأرض أو بعد بدو صلاحه على قول من قال من أصحابنا أنه يفوت بيعه، ويكون هذا قوله في العتبية، في سماع أَشْهَب، يشفع في الأرض، وفي كل ما تنبت الأرض.

قال القاضي: فالذي عندي أنه لا دليل فيه من هنا، وإنما ذكر اليبس وحل البيع؛ إذ لا تصح شفعة عندي في بيع فاسد، فكأنه قال: لا شفعة فيه على حال من الحالات، وقد يعتضد من يريد التخريج المتقدم بقوله: والزرع والثمرة، سواء، وليس المراد بهذا - هنا - تسويتهما في الشفعة، وإنما المراد أن لهما حصة من الثمن، إذا تقاسما الأصل. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2399، 2400.

(6) انظر: المدونة: 9/449 و450.

(7) قوله: (بيع من) يقابله في (ش) و(ف2): (ما بلغ من بيع).

قد[1] بنوا فيه، ثم مات أحدهم فباع بعض[2] ورثته حصته من البناء، وكذلك إن بنى في عرصة معارة، قال: فإذا بنيا في عرصة رجل بإذنه، فباع أحدهما حظه؛ فلرب الأرض أخذُ ذلك بالأقل من قيمة البناء ملغى أو من الثمن، فإن أبى فلشريكه الشفعة بالثمن للضرر، والضرر أصل الشفعة[3].

ومن غير المدونة، قال أشهب وسحنون: لا يجوز بيعه؛ لأن رب العرصة له أخذه، فتارة يشتري بناء[4] وتارة نقضاً[5].

قال في كتاب القسم: إن أقام بناءهما[6] في العرصة قدر ما يعار[7] إلى مثله، ثم أراد ربها إخراج أحدهما، فإن قدر على قسمة البناء قسم، وخير في المُخْرَج، فإما أعْطاه قيمة حصته، -يريد ملغى- وأمره بقلعه، وإن لم ينقسم قيل للشريكين: اصطلحا، إما أن

---

(1) قوله: (قد) زيادة من (ن).

(2) قوله: (بعض) ساقط من (ن).

(3) انظر: المدونة: 9/409 و410.

(4) في (ش) و(ف2): (ثمناً).

(5) انظر: النوادر والزيادت: 11/127.

عياض: وقوله في مسألة الشريكين في الأنقاض، (إذا باع أحدهما إن أراد رب العرصة أخذ النقض، ويدفع إلى رب النقض قيمة نقضه له ذلك، إلا أن تكون قيمة النقض أكثر مما باع به).
قال ابن وضاح: كذا أصلحها سحنون، وكان في الأصل إلا أن يكون... ثمن النقض، وقال يحيى: كان في الأم، إلا أن يكون قيمة النقض أقل، فأصلحه سحنون أكثر وكلا الإصلاحين يرجع إلى معنى واحد صحيح، ولم يختلف أن رب العرصة مقدم في الأخذ على الشفيع ليس للشفعة لكن لدفع الضرر، ثم اختلف بما يأخذ، ففي المدونة (بالأقل من الثمن) أو القيمة على ما بينا، وعلى ما أصلحه سحنون، وظاهره: أنه يأخذه بذلك من البائع.
وقيل: بالثمن فقط، وقيل: يأخذه منه مقلوعاً بالقيمة فقط. وهذا على ماله في باب اشتراء النقض والشريك غائب، قال: يعطيه قيمة بنيانه، ولا يأخذه بالثمن الذي اشترى به، وقيل: يأخذه من المبتاع. وقيل: من البائع بالأقل من قيمته مقلوعاً أو الثمن وينفسخ البيع فيه بينه وبين المبتاع، فيرجع على البائع بما دفع له وكل هذه الأقوال متأولة على المدونة للشيوخ. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2378، وما بعدها.

(6) في (ش) و(ف2): (بناءها).

(7) في (ن): (تعار).

تتقاوما[1] أو تبيعا، فإن باعا فللمقيم في العرصة أخذ ذلك بما بلغ[2].

ومن الشفعة: قال مالك في البانيين[3] في العرصة المعارة يبيع أحدهما[4]: فلشريكه[5] الشفعة، وما هو بأمر بين جاء فيه شيء، ولكني أراه[6].

ولا شفعة في الجوار والملاصقة في سكة أو غيرها، ولا شفعة في شيء سوى الربع والعقار، وما يتصل بذلك من بناء، أو ثمرة ولا شفعة في حيوان، أو رقيق أو عرض أو سفن أو دين، أو غيره مما ينقسم أو لا ينقسم، إلا أن ما لا ينقسم من ذلك؛ إن طلب أحدهم البيع قضي على الآخر معه بالبيع، ثم له أخذه بما بلغ من ناحية الضرر لا لشفعة[7]، إلا أن يشاء الآخر بيع حصته مشاعة، فلا أخذ لشريكه إلا بمشيئته.

وليس في رحى الماء شفعة [(ش: 95/أ)]، وليست من البناء، ولو بيعت معها الأرض، أو البيت التي نصبت فيها[8] ففيها الشفعة دون الرحى[9] بحصة ذلك[10].

قال أشهب: هي من البناء كباب الدار[11].

---

(1) في (ن): (تتقاويا).

(2) انظر: المدونة: 10/86.

(3) في (ش) و(ف2): (البانين).

(4) في (ش) و(ف2): (أحدهم).

(5) في (ش) و(ف2): (فلشركائه).

(6) انظر: المدونة: 10/86، 87.

(7) في (ن): (لا للشفعة).

(8) في (ف2): (فيه).

(9) عياض: وقوله: (لا شفعة في الرحى)؛ يعني المبنية ولا في موضعها من الأرض؛ إذ هو في حكم التبع لها.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2401.

(10) انظر: المدونة: 9/455، 456.

(11) انظر: النوادر والزيادات: 11/115، 116.

قال ابن القاسم: قال مالك[1]: وفي الحمام الشفعة[2]، ولا شفعة في أرض العنوة، ولا يجوز بيعها، وأما أرض الصلح تباع، فإن كان على أن خراج الأرض باق على الذمي فالبيع جائز، وفيه الشفعة إن شركه مسلم، فإن شرط الخراج على المبتاع المسلم[3]، لم يجز إذ بإسلام الذمي ينقطع الخراج عنه، وعن الأرض، وهذا مجهول وغرر[4].

وخالفه أشهب في اشتراطه على الذمي.

ومن كتاب كراء الدور: ولا شفعة في الكراء، وإن اكتريا حانوتاً فلأحدهما أن يكري حصته منه، من[5] غيره ولا شفعة للآخر[6]، وروى أشهب عن مالك أن فيه الشفعة[7].

وكذا[8] الشفعة في دور القرى، والمدائن[9].

ولا شفعة في صدقة، أو في[10] هبة لغير الثواب.

واختلف قول مالك في الهبة فقال عنه ابن عبد الحكم: فيها الشفعة، وقال: لا شفعة فيها[11].

ومن باع داراً هو شفيعها؛ لم يجز أن يأخذ الشفعة[12] لغيره، وليس لبائع فيما باع

---

(1) قوله: (قال مالك) ساقط من (ن).

(2) انظر: المدونة: 9/456.

(3) قوله: (المسلم) ساقط من (ن).

(4) انظر: المدونة: 9/ 491 و492.

(5) في (ش) و(ف2): (ومن).

(6) انظر: المدونة: 8/ 201.

(7) قوله: (فيه الشفعة) يقابله في (ن): (الشفعة في الكراء). وانظر المسألة في: النوادر والزيادات: 145/11.

(8) قوله: (كذا) ساقط من (ن).

(9) في (ن): (كهي في دور المدائن).

(10) قوله: (في) زيادة من (ن).

(11) انظر: النوادر والزيادات: 11/ 174.

(12) في (ن): (بالشفعة).

شفعة، وتورث الشفعة عن الميت.

قال سحنون[1]: والموصي يبيع[2] ثلث دار له في وصاياه، فباع الوصي ثلثها فلا شفعة لورثته؛ لأنه كالميت باع ذلك[3].

قال ابن القاسم: ومن قام بالشفعة، ولم يحضره الثمن؛ تلوم له اليومين والثلاثة[4].

ومن لم يقم بشفعته، وهو حاضر عالم سنين فلا شفعة له، وإن أقام أقل من السنة[5]، فلا شك أن له القيام، ولم ير مالك التسعة[6] أشهر، ولا السنة بكثير، إلا أنه يحلف في مثل هذا ما كان وقوفه تركاً.

وإذا جاوز السنة بما يعد به تاركاً، فلا شفعة له[7].

وروي عن مالك: أن الحاضر إذا مضت سنة، ولم يقم فلا شفعة له، وهذا ما لم يقم عليه المبتاع، فإن قام عليه لم يؤخر[8]، وقيل له: إما أن تأخذ الساعة، وإلا فلا شيء لك

(1) قوله: (قال سحنون) ساقط من (ش) و(ف2).

(2) في (ف2): (يباع).

(3) انظر: النوادر والزيادات: 200/11.

(4) انظر: المدونة: 424/9.

(5) في (ن): (سنة).

(6) في (ن): (السبعة)، والمثبت موافق لما في المدونة.

(7) انظر: المدونة: 411/9، 412.

(8) عياض: وقول مالك: (لم ير السنة مما تنقطع به الشفعة، فإذا جاوز السنة بما يرى أنه تارك، سقطت شفعته)، وله عنه في المبسوط أنها تنقطع بالسنة، وهي رواية أَشْهَب عن مالك - أيضاً - فيحتمل أن رواية ابن القاسم في المبسوط موافقة لرواية أَشْهَب أن بتمام آخر يوم من السنة تنقطع؛ إذ السنة حد في غير شيء من الأحكام، كما قال عمر أو يكون قوله في المبسوط موافقاً لما في المدونة، ومراده أن السنة وما قاربها بمنزلتها، كما قال في الرضاع والزكاة وغير ذلك، وكما قال ابن ميسر: ما قرب السنة فله حكمها. قال في الوثائق: وذلك الشهر والشهران، وحكى الصدفي والثلاثة. وقال أصبغ: السنتان والثلاث، وفي كتاب ابن حبيب لمالك في أكثر من خمس سنين لا أراه طولاً، وقال عبد الملك في المبسوطة: عشر سنين، وحكى عنه ابن المعذل أربعين سنة، فكأنه على هذا رآه في قوليه من باب الحيازة التي حدها عشراً أو أربعون، بين الإشراك.

=

بعد هذا[1].

قال ابن القاسم[2]: وإن كانت الدار بغير البلد الذي هما به فهو كالحاضر مع[3] الدار فيما تنقطع[4] إليه الشفعة، ولا حجة له أنه[5] لا ينقد[6]؛حتى يقبضها لجواز النقد في الربع الغائب.

والغائب على شفعته، وإن طالت غيبته[7]، وهو عالم[8].

قال[9] أشهب: إلا غيبة لا ضرر عليه[10] في الشخوص فيها[11].

ولو خرج مسافراً بعد الشراء، أو بحدثانه، فإن كان سفراً يعلم أنه لا يؤوب منه، إلا بعد أمد تنقطع لمثله شفعة الحاضر، فجاوزه فلا شفعة له، وإن كان ما يؤوب منه قبل ذلك، فعاقه أمر فتخلف له[12] فهو على شفعته، ويحلف ما كان منه تركاً أشهد في ذلك كله عند خروجه أنه على شفعته، أم لم يشهد[13].

وللصغير الشفعة يقوم بها أبوه، أو وصيه، فإن لم يكونا فالإمام ينظر له، ولو كان =

وروي عن مالك: أنها لا تنقطع حتى يوقف أو يصرح بتركها، وقال ابن وهب: متى علم وترك، فلا شفعة له. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2380، 2381.

(1) انظر: النوادر والزيادت: 11/185.

(2) قوله: (قال ابن القاسم) زيادة من (ن).

(3) في (ش) و(ف2): (يبيع).

(4) في (ش) و(ف2): (ينقطع).

(5) في (ش) و(ف2): (إذ).

(6) في (ش) و(ف2): (لا ينفذ).

(7) قوله: (غيبته) ساقط من (ش) و(ف2).

(8) انظر: المدونة: 9/484.

(9) قوله: (قال) ساقط من (ن).

(10) قوله: (عليه) ساقط من (ن).

(11) في (ن): (منها)، وانظر المسألة في: النوادر والزيادات: 11/187.

(12) قوله: (له) زيادة من (ن).

(13) قوله: (لم يشهد) يقابله في (ف2): (لا)، وانظر المسألة في: المدونة: 9/494، 495.

له جد لم يأخذ له، ولكن يرفع ذلك إلى الإمام [(ش: 95/ب)]، وإن لم يكن له أب، ولا وصي وهو بموضع لا سلطان فيه، أو كان فيه سلطان، ولم يرفع إليه حتى كبر، فله الأخذ وتسليم من ذكرنا من أب أو وصي، أو إمام يلزم الطفل[1]، ولا قيام له إن كبر، ولو كان له أب فلم يأخذ، ولم يترك حتى مضت سنون فلا شفعة له إن بلغ، لأنه بمنزلته[2].

قال سحنون: وقيل غير هذا، وهذا أحسن.

ولا يأخذ الوصي للحمل بالشفعة، حتى يولد ويستهل.

وإذا أسلم الشفيع الشفعة بعد البيع فلا قيام له، ولو قال له قبل الشراء: اشتر فقد سلمت لك الشفعة، وأشهد بذلك فله القيام بعد الشراء، إذا سلم ما لم يجب له بعد[3]، وإن سلم بعد الشراء على مال[4] أخذه جاز[5] ذلك، وإن كان قبل الشراء بطل، ورد المال وكان على شفعته، ولا يجوز أن يعطيه أجنبي مالاً على أن يقوم بشفعته، ويربحه ذلك المال.

ولا يجوز بيعه للشقص قبل أخذه إياه بالشفعة[6]، وإذا أسلم أحد الشفيعين،

---

(1) عياض: وقوله: (إذا سلم الأب والوصي شفعة الصغير جاز ذلك عليه). قال أبو عِمرَان الفاسي: ولو كان له أخذها نظراً إذ لا يجبر على الشراء له، وقال: إن سلم له القاضي شفعته إذا لم يكن له ناظر، فذلك جائز. قال: هو بخلاف الوصي والأب لا يجوز له من تركه إلا ما كان نظرا؛ لأن الحاكم إنما هو تارك للحكم فيما رفع إليه من ذلك. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2416.

(2) انظر: المدونة: 9/410، 411.

(3) عياض: ومسألة تسليم الشفعة قبل معرفة الثمن وقوله: (هو جائز) ظاهر الكتاب على الإطلاق. واختلف في تأويله، فقيل جائز ماض بكل حال؛ لقوله: له أن يترك إن أحب، إذا عرف بالثمن، يدل أنه إن أحب تماسك، وقيل: معناه أن ذلك العقد لا يلزمه؛ لفساده، إذا لم يعرف بما يأخذ به، فإن اختار الأخذ والتماسك بعد معرفة الثمن، فهو ابتداء بيع آخر، وهو الذي في كتاب محمد. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2386، 2387.

(4) في (ش) و(ف2): (ما).

(5) في (ش) و(ف2): (فأجاز).

(6) في (ش) و(ف2): (شفعته).

فللآخر أخذ جميع الصفقة، ولا قول للمبتاع، وإن ذكر له الثمن فسلم شفعته، ثم ظهر أن الثمن دون ذلك، فله الأخذ بها[1]، ويحلف ما سلم إلا لكثرة الثمن.

وإن قيل له: قد ابتاع نصف نصيب[2] شريكك فسلم، ثم ظهر أنه ابتاع جميع النصيب فله القيام أيضاً، فإن[3] قيل له: ابتاعه فلان فسلم، ثم ظهر أنه ابتاعه مع آخر فله القيام، وأخذ حصتيهما، وإذا كتب الشفيع شهادته في كتاب الشراء، أو كان وكيلاً على الشراء، أو على البيع لم يقطع ذلك شفعته.

وروي عن مالك فيمن شهد في بيع شقص هو شفيعه ثم قام عشرة أيام بشفعته، قال: ذلك له وأشد ما عليه أن يحلف، ما كان ذلك منه تركاً للشفعة[4].

ولو اشترى المقارض من المال شقصاً، هو شفيعه فله الشفعة، ولا يمنعه رب المال، ولو كان رب المال الشفيع فله القيام أيضاً.

قال أشهب: والعهدة على البائع في أخذ من أخذ منهم[5]، وليس لأحد من[6] المتفاوضين فيما باع الآخر شفعة، قيل: فإن تفاوضا في الدور، قال: ما أعرف المفاوضة في الدور، فإن نزل ذلك فلا شفعة للآخر[7].

وإذا ابتاع الشفيع الشقص من المبتاع، أو ساومه به أو اكتراه منه، أو ساقاه في النخل؛ فذلك قطع لشفعته، ولك أن توكل بأخذ الشفعة غبت أو حضرت،ولا يلزمك تسليم الوكيل إلا أن تفوض إليه في الأخذ أو الترك.

ولو أقر الوكيل أنك سلمتها، فهو كشاهد يحلف معه المبتاع، فإن نكل حلفت أنت، وأخذت ويقضى للوكيل أن فلاناً الغائب وكله على طلب شفعته.

---

(1) قوله: (بها) زيادة من (ن).

(2) قوله: (نصيب) زيادة من (ن).

(3) في (ن): (وإن).

(4) انظر: المدونة: 412/9.

(5) في (ن): (منهما)، وانظر المسألة في: النوادر والزيادات: 199/11، 200.

(6) قوله: (من) ساقط من (ن).

(7) انظر: المدونة: 478/9.

ومن قال: اشهدوا أني[1] قد أخذت بشفعتي[2]، ثم رجع فإن علم الثمن قبل الأخذ لزمه، وإلا فله أن يرجع[3].

ولو أخذ بالشفعة ثم لم يقبض الشقص، حتى [(ش: 96/أ)] انهدمت الدار فضمان الشقص من الشفيع[4].

ولذات الزوج تسليم شفعتها، ولها الشراء والبيع، ولا يمنعها الزوج أن تتجر، فإن حابت في الشراء والبيع فذلك في ثلثها، فإن جاوزته[5] بطل جميعه إن لم يجزه الزوج،[6].

وليس ذلك لغير[7] الزوج من أب، أو وصي[8] أو غيره.

ولأم الولد والمكاتب الشفعة، وللعبد المأذون، وإن لم يكن مأذوناً فذلك لسيده، وإن سلمها[9] المأذون فلا قيام للسيد.

ولو أخذها المأذون، وسلمها[10] السيد، فإن لم يكن العبد مدياناً جاز تسليم السيد[11]، وإن كان مدياناً و[12] بان له فضل، فلا تسليم للسيد ولو سلمها المكاتب لزمه، ولا أخذ للسيد وإن ترك حر أحاط الدين بماله القيام بشفعته، فليس لغرمائه أخذها ولا يجبروه على أخذها، وإن كان فيها[13] ربح، وذلك إليه أخذ أو سلم.

---

(1) في (ش) و(ف2): (إذا).

(2) في (ن): (بشفعة).

(3) انظر: المدونة: 9/418، 419.

(4) انظر: المدونة: 9/425، 426.

(5) في (ش)، (ن): (جاوزه).

(6) انظر: المدونة: 9/482.

(7) زاد بعده من(ف2): (المغيرة يجيز منه الثلث كوهبتها).

(8) قوله: (أو وصي) ساقط من (ش) و(ف2).

(9) في (ن): (أسلمها).

(10) في (ن): (وأسلمها).

(11) قوله: (السيد) ساقط من (ش) و(ف2).

(12) في (ش) و(ف2): (أو).

(13) في (ن): (فيه).

وإذا[1] ابتاع شقصاً فيه فضل، فقام غرماؤه في فلسه، أو موته فللشفيع إن قام أخذ الشقص دونهم[2].

والدار بين المسلم والذمي، ففيما باع أحدهما للآخر الشفعة.

وكذلك إن باع المسلم منهما[3] نصيبه من مسلم أو ذمي[4].

وخالفه سحنون إذا باعه المسلم[5] من ذمي.

ولو كانت بين ذميين فباع أحدهما من ذمي[6] لم أقض بالشفعة بينهما، إلا أن يتحاكما إلينا[7].

قال أشهب: لا شفعة بين ذميين وإن تحاكما[8] إلينا[9].

وأما إن كان أحدهما[10] مسلماً البائع أو المشتري أو الشفيع ففيه الشفعة.

وروى يحيى بن يحيى[11] عن ابن القاسم في دار بين ذميين باع أحدهما حظه من مسلم فإنه يقضى للنصراني عليه بالشفعة، فأما إن كان الشفيع نصرانياً وشريكه مسلماً أو نصرانياً[12] فباع شريكه من نصراني فلا شفعة فيه، لأن الطالب والمطلوب نصرانيان، وقاله سحنون[13].

---

(1) في (ف2): (ولو).
(2) انظر: المدونة: 9/434.
(3) في (ن): (منهما).
(4) في (ن): (من مسلم)، وانظر المسألة في: المدونة: 9/402، 403.
(5) قوله: (المسلم) زيادة من (ف2).
(6) قوله: (من ذمتي) زيادة من (ن).
(7) انظر: المدونة: 9/403.
(8) في (ن): (تحاكموا).
(9) انظر: النوادر والزيادات: 11/201.
(10) في (ن) و(ف2): (أحدهم).
(11) قوله: (بن يحيى) ساقط من (ن).
(12) قوله: (مسلماً ونصرانياً) يقابله في (ن): (مسلم أو نصراني).
(13) انظر: منتخب الأحكام، لابن أبي زمنين: 1/404.

في قسمة الشفعة بين شركاء[1] أو أهل مورث وفي تسليم بعضهم والمبتاع أو البائع واحد أو جماعة والشفيع يريد أخذ بعض الصفقة أو الصفقات، ومن ابتاع ما هو شفيعه أو باع

قال ابن القاسم: والقضاء أن الشفعة إذا وجبت للشركاء، قسمت بينهم بقدر حصصهم لا على عددهم[2].

وروي[3] ذلك عن علي بن أبي طالب، وكذلك إن كان للمبتاع سهم متقدم حاصهم به فقط[4].

فأما أهل المواريث فبقية أهل السهم[5] أحق بالشفعة ممن شركهم بمورث، أو ملك متقدم كإخوة لأم ورثوا الثلث مع غيرهم، فباع أحدهم فبقية الإخوة للأم[6] أحق بالشفعة، وكذلك الجدتين[7] أهل سهم- يريد والزوجات مثلهم-، وإن ترك ثلاث بنين ابنان[8] شقيقان، وآخر لأب[9] فباع أحد الشقيقين، فالشفعة بين الشقيقين

(1) في (ن): (أشراك).

(2) عياض: وقوله: (الشفعة على قدر الأنصباء ليس على عدد الرجال)، هذا هو المعروف من المذهب. والمخالف يقول: على عدد الرؤوس، وقد خرجه اللخميّ على قول عبد الملك، في تقويم العبد المعتق بعضه على معتقه أنه على العدد لا على الأنصباء، وكأنه رجحه، وخرجه آخرون من المدونة من كتاب الأقضية من جعله أجرة القسام على عدد الرؤوس، والخلاف في ذلك معلوم، والفرق بين البابين بين، وحكى ابن الجهم عن بعض أصحاب مالك أن الشفعة على عدد الرؤوس.

قال اللخميّ: وهذا فيما ينقسم، وأما ما لا ينقسم إذا حكم فيه بالشفعة، فعلى الرؤوس؛ لأن المقصود فيه رفع الضرر عند البيع، وذلك يستوي فيه القليل النصيب والكثير. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2372، 2373.

(3) قوله: (الواو) زيادة من (ف2).

(4) انظر: المدونة: 9/406.

(5) في (ن): (السهام).

(6) قوله: (للأم) زيادة من (ف2).

(7) في (ش) و(ن): (الجدتان).

(8) في (ن) و(ف2): (اثنان).

(9) في (ش) و(ف2): (لعلة).

والآخر[1] للأب سواء، إذ بالبنوة[2] ورثوا، ولا ينظر إلى الأقعد بالبائع ولو ولد لأحدهما[3] أولاد، ثم مات فباع بعض[4] ولده، فبقية ولده أشفع من أعمامهم، إذ هم أهل مورث ثانٍ، فإن سلموا [(ش: 96/ب)] فالأعمام أحق من الأشراك، وإن باع أحد الأعمام، فالشفعة لبقية الأعمام مع بني أخيهم، لدخولهم من[5] مدخل أبيهم[6]،

---

(1) قوله: (الشقيقين والآخر) يقابله في (ن): (الشقيق والآخر)، وفي(ف2): (الشقيقين والأخ).
(2) في (ن): (بالأبوة).
(3) في (ن): (لهم).
(4) قوله: (بعض) ساقط من (ش) و(ف2).
(5) قوله: (من) زيادة من (ن).
(6) عياض: وقوله في الكتاب: (كل قوم ورثوا رجلاً وبعض الورثة أقعد ببعضهم من قبل أن بعضهم أقرب بأمه، وهم أهل سهم واحد أولاد علات أو إخوة مختلفون، فباع أحدهم، فالشفعة لجميعهم)؛ لأنهم أهل سهم واحد، كذا روايتنا، وكذا في أكثر النسخ، وفي كتاب ابن المرابط: وإخوة بالعطف، وفيها كلها إشكال، وقد اعترض سحنون هذا اللفظ، وقال: هو خطأ لا يستقيم؛ لأن السهم لا يجمع الاخوة المختلفين.
قال القاضي: قد ظهر لي لما أراد من ذلك وجه صحيح حسن يستقيم الكلام عليه ويجري على الأصل، ويدفع الاعتراض إذا تؤمل ويوافق الاخوة فيه الأولاد لعلات كما ذكر؛ لأن الأولاد إذا كانوا لعلات، ومعنى ذلك لأمهات شتى، وهو بفتح العين فليس ما باع أحدهم يكون شقيقة به أولى بشفعته من سائر إخوته، وإن كان أقرب بأم؛ لأنهم كلهم أهل سهم واحد كما قال في الكتاب، ولفظ سهم - هنا - فيه تجوز، إذ ليس الأولاد الذكور إذا كان معهم إناث من أهل السهام، وإنما معناه أن توارثهم على حد واحد لا يحجب بعضهم بعضا ولا منع بهم، كأهل سهم واحد، فكذلك الأخوة إذا كانوا كلهم لأب من الميت فورثوه، وهم مختلفون لأمهات شتى، وليس منهم شقيق للميت، فما باع أحدهم فبقيتهم فيه شفعاء وليس شقيق البائع أحق من غيره، كالأولاد سواء، وهذا الذي أراد لا شك فيه ألا تراه كيف قال: وبعض الورثة أقعد ببعضهم من بعض من قبل أن بعضهم أقعد بأمه؛ يريد بعضهم من بعض لا من الميت وإنما يراعى القعدد من الميت لا من بعض أهل التشافع من بعض، ولا من البائع ولو كان مراده أقعد بأمه من الميت لم تصح المسألة؛ لأنه كمنْ يكون شقيقاً للميت، يحجب غيره، فلا ميراث للآخر وتسقط المسألة فلا معنى لها، إلا ما ذكرناه وتصح وتتبين.
ولم يزل الشيوخ ينقلون فيه الاعتراض وينبهون عليه في كتبهم، ولم أر من أجاب عنه، ولا من أظهر وجهه وكشف إشكاله وما ذكرناه بين، وقد يكون معنى قوله في البنين: أهل سهم واحد إذا كانوا إناثاً وضرب لهن بالثلثين وهن لعلات، فلا فرق بينهن ولو كن لأم واحدة؛ إذ قرب بعضهن من

وإن ترك ابنتين وعصبة، فباعت إحدى الابنتين فأختها أشفع من العصبة، فإن[1] سلمت فالعصبة أحق ممن شركهم بملك.

ولو باع أحد العصبة[2]، فالشفعة لبقية العصبة وللبنات، وكذلك الأخوات مع البنات حكم العصبات[3]، إذ لا فرض لهن معهن[4] مسمى، وافترق حكم العصبة من أهل السهام، إذ لا سهم لهم مسمى[5].

أشهب: يرى أن العصبة كأهل سهم في التشافع[6]، وقاله ربيعة وابن شهاب.

ومن ورثته عصبة فباع أحدهم، فبقيتهم أحق من الشريك الأجنبي، لأنهم أهل مورث، فإن سلموا فللشريك الأخذ، وإن كانت أخت شقيقة، وأختين لأب وباعت[7] أخت الأب، فالشفعة بين الأخت الأخرى للأب، وبين الشقيقة إذ هم أهل سهم.

ومن اشترى ثلاثة أشقاص من دار، أو من دور في بلد، أو بلدان من رجل، أو من رجال، وذلك في صفقة واحدة، وشفيع ذلك كله واحد، فإما أخذ الجميع أو سلم، وكذلك إن اشترى من أحدهم حصته في نخل، ومن آخر حصته في قرية، ومن آخر في دار في صفقة، أو[8] كان بائع[9] ذلك كله واحداً، ولو ابتاع ثلاثة ما ذكرنا من واحد أو من ثلاثة في صفقة، والشفيع[10] واحد فليس له أن يأخذ من أحدهم دون الآخر، =

بعض وقعددهن بذلك لا تأثير له في الشفعة، وإنما المراعى قعددهن وقربهن من الميت وهن في ذلك سواء، كما بيناه. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2369، وما بعدها.

(1) في (ن): (وإن).

(2) قوله: (فإن سلمت فالعصبة...ولو باع أحد العصبة) ساقط من (ف2).

(3) في (ن): (العصبة).

(4) قوله: (معهن) ساقط من (ن).

(5) انظر: المدونة: 9/403، وما بعدها.

(6) في (ن): (الشافع)، وانظر المسألة في: النوادر والزيادات: 11/150.

(7) في (ن) و(ف2): (فباعت).

(8) في (ن): (و).

(9) قوله: (بائع) ساقط من (ن).

(10) في (ن): (وشفيع ذلك).

وليأخذ الجميع[1] أو يدع[2].

وقال[3] أشهب وسحنون: له أن يأخذ من أحدكم، وقاله[4] ابن القاسم مرة ثم رجع[5].

ومن ابتاع من رجل حظه من دارين في صفقة، ولكل واحدة شفيع، فلكل شفيع أن يأخذ في التي هو شفيعها دون الأخرى.

ومن اشترى حظ ثلاثة رجال من دار في ثلاث صفقات فللشفيع[6] أن يأخذ ذلك، أو يأخذ أي صفقة شاء.

فإن أخذ الأولى لم يستشفع معه فيها المبتاع وإن أخذ الثانية حاصصه[7] فيها بالشفعة بالأولى[8] فقط، وإن أخذ الثانية[9] حاصه بالأولى[10] والثانية.

ومن ابتاع شقصاً هو شفيعه، مع شفيع آخر تحاصا فيه بقدر حصتهما[11].

وليس لبائع[12] فيما باع شفعةً بحصة[13] بقيت له.

---

(1) عياض: ومسألة من (اشترى من ثلاثة نخلاً وداراً وأرضاً، والشفيع واحد قال: إنما يأخذ الجميع أو يترك)، وقال أَشْهَب: هذا إذا كانوا متفاوضين؛ يعني المشتريين، وإلا فيأخذ ما شاء ويترك ما شاء؛ لأنه لا مضرة على المشتري فيما يؤخذ من الآخر، حمل الباجي قول أَشْهَب على التفسير، قال: وإلا فلا وجه لثبوت الشفعة، وحمله غيره على الخلاف. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2382.

(2) انظر: المدونة: 9/483.

(3) قوله: (و) زيادة من (ن).

(4) في (ش): (وقال).

(5) انظر: النوادر والزيادات: 11/156.

(6) في (ن): (فلكل شفيع).

(7) في (ن): (حاصه).

(8) في (ش)، (ن): (بالأول).

(9) في (ش): (الثالثة).

(10) في (ن): (بالأول).

(11) في (ن): (حصتيهما)، وانظر المسألة في: المدونة: 9/416، 417.

(12) في (ف2): (للبائع).

(13) قوله: (شفعة بحصة) يقابله في (ف2): (شفيعه بحصته).

وإذا أسلم أحد الشفيعين فليس للآخر أن يأخذ بقدر حصته إذا أبى عليه المبتاع، وإما أخذ الجميع أو ترك، وكذلك إن كان أحدهما طفلاً أو غائباً قال: وإن[1] شاء القائم أخذ الجميع فليس للمبتاع أن يقول له: لا تأخذ إلا بقدر حصتك، ولو غاب الشفعاء إلا واحد[2] خير، فإما أن يأخذ[3] الجميع، أو يدع فإن سلم فلا أخذ له مع أصحابه إن قدموا، وإن أخذ دخل معه القادمون، فإن أخذ بعضهم، وأبى البعض أو لم يقدموا[4]، فليس للآخذ[5] أن يأخذ بقدر حصته فقط [(ش: 97/أ)] ولكن يساوي الآخذ قبله فيما أخذ -يريد إن اتفق حظاهما-، فأما إن اختلف حظاهما فإن[6] حظ الغائب بينهما بقدر حصتهما[7]- من المجموعة وغيرها معناه-، وإن قال: لا آخذ إلا حظي[8] منها[9] فلا شفعة له، وكذلك الصغير يكبر، فإن[10] سلموا إلا واحداً[11]، قيل له: خذ الجميع أو دع[12].

---

(1) في (ن): (فإن).

(2) في (ن): (واحدا).

(3) في (ن): (أخذ).

(4) في (ن): (يقدم).

(5) في (ن): (للآخر).

(6) في (ن): (وأما).

(7) في (ن): (حصتيهما).

(8) في (ف2): (حصتي).

(9) قوله: (منها) ساقط من (ن) و(ف2).

(10) في (ن): (وإن).

(11) في (ش) و(ف2): (واحد).

(12) انظر: المدونة: 9/488.

الشفعة في الهبة والبيع الفاسد، وفي بيع الخيار أو بدين، أوبعرض أو طعام، ومن ابتاع عرضاً وشقصاً[1] معاً، أو أخذ شقصاً في دين[2] أو خلع أو نكاح أو حداً، أو صالح به من دعوى[3]، أو غصب شيئاً فابتاع به شقصاً

والقضاء أن الشفعة إنما تجب للشفيع، بعد تمام البيع ومعرفة الثمن، فإذا تم عقد البيع، وعرف الثمن وجبت الشفعة نقد الثمن أو لم ينقد قبض الشقص أو لم يقبضه، ومن[4] ابتاع شقصاً على خيار له، أو للبائع فلا شفعة فيه حتى يتم البيع، وإن رده بحاله أو بعد تغيره بعيب في أيام الخيار فلا أخذ للشفيع.

ومن ابتاع شقصاً بخيار، وله شفيع فباع الشفيع شقصه قبل تمام الخيار بيع بتل، فإن تم بيع الخيار فالشفعة لمبتاعه، وإن رد فهي[5] لبائعه[6].

طرح سحنون هذه المسألة، وقال: مسألة سوء ولم يقرها[7].

قال ابن المواز: والذي آخذ به -وقاله[8] أصبغ- إن الشفعة للبائع على الخيار، وإن أنفذ بيع الخيار، لأنها له وجبت قبل أن ينفذ البيع في مصابته.

وقال أشهب: للمشتري الثاني الشفعة على الذي تم[9] له بيع الخيار[10].

---

(1) في (ن): (أو شقصا).

(2) في (ف2): (دم).

(3) في (ف2): (دعواه).

(4) في (ف2): (فمن).

(5) في (ش): (فهو).

(6) انظر: المدونة: 9/468، 469.

(7) في (ف2): (يقرأها).

(8) في (ش) و(ف2): (وقال).

(9) في (ش): (ثم).

(10) انظر: النوادر والزيادات: 11/179، 180.

قال[1] ابن القاسم: ولو أوصى أن يباع شقصه من فلان بكذا، فلم يقبل فليس للشفيع أن يقول: أنا أدفع ذلك وآخذه، وكذلك إن قال: اشهدوا أني بعت شقصي من فلان بكذا، وكذا إن قبل فيقول: لا أقبل فلا شفعة للشفيع[2].

وكذلك لو اختلف المتبايعان[3] في الثمن، وتحالفا وفسخ البيع.

ومن وهب شقصاً لثواب، أو أوصى به على عوض، فكالبيع إن سمى العوض، فالشفعة[4] بقيمة العوض، إن كان مما له قيمة من العوض[5]، أو بمثله إن كان عيناً أو طعاماً أو إداماً[6] -يريد أو غيره مما يقضى بمثله، فله مثله في المقدار والصفة[7]، كانت الهبة بيد الواهب أو قد دفعها، -وإن كان إنما وهبه على عوض يرجوه لم يسمه، فلا قيام للشفيع إلا بعد العوض، فإن عوضه مثل القيمة لزم الواهب، وإن كان أقل لم يلزمه، وله أخذ هبته إلا أن تتغير في البدن، فيقضى له بالقيمة، ويأخذ الشفيع بذلك، ولو أتى به بعد تغيرها أضعاف القيمة، قبل قيام الشفيع، ثم قام لم يأخذها، إلا بذلك كله كالثمن الغالي، وإنما[8] يهب الناس ليعاضوا أكثر[9].

---

(1) قوله: (قال) ساقط من (ن).

(2) انظر: المدونة: 9/466.

(3) في (ن): (المتبايعين).

(4) في (ن): (فالسلعة).

(5) في (ن): (العرض).

(6) قوله: (أو إداما) يقابله في (ن): (ما)، وانظر المسألة في: المدونة: 9/464.

(7) قوله: (والصفة) ساقط من (ن).

(8) في (ن): (أو بها).

(9) انظر: المدونة: 9/464، 465.

عياض: وقوله في هبة الثواب (يأخذ بقيمة العرض).

قال بعض الشيوخ: ليس على أصله، إلا أن يكون عرضا معيناً والذي يجب في غير المعين أن يستشفع بقيمة العرض، وقاله أبو عِمرَان.

وقوله في هبة الثواب: (إنما يهبون للثواب رجاء أن يأخذوا أكثر ما مما أعطوا، وإنما رجعوا إلى القيمة حين تشاحوا، بعد تغير السلعة)، فتأمل قوله ثم قوله بعده: (ألا ترى أن الهبة لو كانت على حالها لم تتغير ردت، إلا أن يقبضها الموهوب لغير شيء، ولو كانت عند الناس، إنما يطلبون فيها كفاف =

ولـو بـاع بعـرض[1] في ذمـة فبمثلـه[2] إلى أجلـه تجـب الـشفعة، وأمـا بعـرض[3] بعينه فبقيمته.

وهبة المكاتب والمأذون له[4] على عوض [(ش: 97/ب)] تجوز بلا محاباة، وفي ذلك الشفعة، وإن وهب رجل شقصاً لغير ثواب، فعوض فيه فقيل: فإن رأى[5] أنه لصدقة أو لصلة رحم؛ فلا شفعة فيه[6][7].

ومن المختصر روي[8] عن مالك أن في الهبة لغير الثواب الشفعة، واختلف فيه قوله[9].

وقال مالك: من عوض من صدقة، وقال: ظننته يلزمني أنه يرجع في العوض إن كان قائماً، وإن فات فلا شيء له.

وهبة الأب على ابنه[10] للثواب جائزة[11]، وفيها الشفعة.

الثمن؛ لما وهب أحد للثواب، ولحملها على وجه السوق، فانتقد الثمن، ولكنهم رجوا الفضل عند أهل الفضل).

فهذا كله ظاهره خلاف ما تقدم له صدر الباب، ومذهبه في الكتاب في الهبات من أن الموهوب إذا أثاب قيمة الهبة أجبر الواهب على القبول، ولم يكن له رد الهبة، وما هٰهنا وفاق لرواية مُطرِّف، في كتاب ابن حبيب ونص مثل كلام مُطرِّف بلفظه. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2409، 2410.

(1) في (ش): (بعوض).

(2) قوله: (فيمثله) غير مقروء في (ش).

(3) في (ش): (بعوض).

(4) قوله: (له) زيادة من (ن).

(5) في (ن): (رئ)، وفي (ش): (رءوا).

(6) قوله: (فيه) ساقط من (ن).

(7) انظر: المدونة: 9/466، وما بعدها.

(8) في (ن): (وروي).

(9) انظر: النوادر والزيادات: 11/174.

(10) في (ن): (الابن).

(11) عياض: وقوله: (لا يجوز ما وهب الأب ولا ما حابى ولا ما تصدق من مال ابنه ولا ما أعتقه إلا أن يكون الأب موسراً، فيجوز ذلك على الأب وضمن قيمته في ماله ولا يجوز في الهبة وإن كان

يريد: بعد أن يثاب.

ولا تجوز محاباته في قبول الثواب ويرد بخلاف عتقه[1] في ملائه وهبة الوصي لشقص اليتيم كالبيع لربعه لا[2] ينبغي إلا بنظر لثمن[3] يرغبه[4] فيه ملك يجاوره أو ملي[5] مصاقب[6]، أو لحاجة أو ما فيه نظر وفيه الشفعة[7].

ومن نكح أو خالع أو صالح من دم عمد على شقص؛ ففيه الشفعة بقيمته- يريد يوم العقد إذ لا ثمن معلوم لعوضه-، وإن أخذه من دم خطإ؛ فبالدية[8]، فإن كانت =

موسراً)، كذا في نسخ وروايات، وفي كتاب إسحاق وابن المرابط: إلا أن يكون الأب موسراً، في العتق وبه تصح المسألة، وتفسر على أصله، وعلى العتق يرجع الكلام خاصة. وقوله في: (الأب يهب شقصاً من دار ابنه على عوض أنه يجوز ولم يشترط شيئا).

وقال في كتاب الهبات: (إذا وهب مال ابنه على عوض وهو صغير، إنه جائز، وهو بيع من البيوع وبيع الأب على ابنه جائز). وقال في مسألة الشفعة - هنا - في الوصي: (لا ينبغي إلا أن يكون لذلك وجه)، وفسره بما فيه غبطة للمحجور عليه، قال بعضهم: يظهر من هذا أن فعل الأب محمول على النظر، حتى يظهر خلافه وفعل الوصي محمول على غير النظر حتى يظهر النظر، وهذا إنما هو في الرباع خاصة، كما قال أبو عِمرَان وغيره، وأما غير الرباع فهو محمول على النظر حتى يتبين خلافه، قال أبو عِمرَان: وهو معنى ما في كتاب محمد، وما في المدونة يفسره.

وقال أصحاب الوثائق ابن العطار وغيره: نحو ما تقدم من التفريق بين الأب والوصي، لكنهم لم يفرقوا بين الرباع وغيرها، قالوا: فإن لم يوجد من يشهد لهم بالنظر جاز بيعهم وحملت أفعالهم على النظر والتمام حتى يثبت خلافه، كذا قال ابن العطار، وفي الكلام تناقض فانظره، فأي فرق إذًا بينه وبين الأب. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2410، 2411.

(1) في (ش) و(ف2): (عقته).

(2) في (ن): (ولا).

(3) قوله: (بنظر لثمن) يقابله في (ن): (لنظر الثمن).

(4) في (ش): (يدعى).

(5) في (ش) و(ف2): (علي).

(6) المصاقب: الواد أي الذي له ود والمصاقب أي المجاور المقارب. انظر: شرح غريب ألفاظ المدونة، للجُبِّي، ص: 97.

(7) انظر: المدونة: 9/ 467، 468.

(8) عياض: وقوله في الصلح من دم خطأ بشقص: (إن كان من أهل الإبل أخذ الشفيع الدار بقيمة =

العاقلة أهل إبل أخذه[1] بقيمة الإبل، أو أهل ورق أو ذهب، فبذهب أو ورق ينجم[2] ذلك على الشفيع، كالتنجيم[3] على العاقلة الدية في ثلاثة أعوام، وثلثها في عام وثلثين[4] في عامين.

قال[5]: والنصف قد قال مالك مرة[6] يجتهد فيه، ثم كذلك يؤجل به الشفيع، وبأول قوله أنه[7] في عامين أقول[8].

قال سحنون: يقول عبد الملك: إن الدين كالعرض، فإذا[9] باع ديناً له بشقص، فإن كان الدين مالاً قوِّم بعرض إلى أجله، ثم أخذ بقيمة العرض، وقال عبد الملك:

الإبل)، قال بعضهم: معناه يقوم الآن على أن يقبض إلى آجالها في الذمة، ويقبض القيمة الآن نقداً وهو تأويل سحنون في كتاب ابن عبدوس، وقاله عبد الملك، وكذا مذهبه فيمن اشترى بثمن مؤجل أنه يباع بعرض، وقيل: قيمتها عنده، كما قال في الكتاب على أجلها، ومتى حلت سنة قومت ثلث الإبل نقداً - حينئذ - وقبضت، واعترض هذا سحنون وغيره، وقال: هذا من بيع الدين بالدين، وحكي عن سحنون - أيضاً - ويحيى بن عمر أنه إنما يأخذ بمثل الإبل على آجالها لا بقيمتها؛ لأنها أسنان معلومة موصوفة، قالوا: ولا يصح أن تقوم الآن الإبل على أن تؤخذ القيمة على آجالها، وقول عبد الملك وسحنون إذا كانت الدية عيناً قومت العرض نقداً على أن تقبض على آجالها، قال سحنون: ثم يقوم العرض بعين وبه يشفع، وقال عبد الملك: بل يشفع بالعرض الذي قوم به، وأَشْهَب يقول كقول ابن القاسم: أنه لا قيمة في العين وإنما يشفع بمثل الدين أو يترك وعلى قولهم هذا يجب إذا كان الشفيع عديماً أن يأتي بحميل ثقة، كما قال فيمن اشترى بالدين أنه يشفع فيه، فإن لم يأت بحميل ثقة، فعلى قوله في كتاب محمد: لا شفعة له، وعلى ما قال ابن نافع: له الشفعة ما لم ينقض أجلها. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2412، 2413.

(1) في (ن): (أخذ).

(2) في (ش): (وينجم).

(3) في (ش) و(ف2): (كالتنجم).

(4) في (ن): (والثلين).

(5) قوله: (قال) ساقط من (ن).

(6) قوله: (مرة) ساقط من (ف2).

(7) في (ن): (بأنه).

(8) قوله: (أقول) ساقط من (ن)، وانظر المسألة في: المدونة: 9/470.

(9) في (ن): (وإذا).

بالعرض نفسه.

قال سحنون: وإذا كان نصف الدية لم يجز صلحه بالشقص، إلا بعد الوقوف على تأجيله باجتهاد الإمام؛ للاختلاف في تأجيله، فيصير غرراً قبل الحكم، وهذا كله إذا لم يرجع على العاقلة بشيء[1].

فإن كان دفعه الشقص ليرجع عليهم، فإن[2] كانت الدية عيناً، رجع عليها بالأقل منها، أو من قيمة الشقص، وإن كانت إبلاً؛ لم يجز إذ لا يدري بما يرجع.

ومن كتاب الصلح وكتاب[3] الشفعة: وإن[4] صالح من موضحة عمد، وموضحة خطإ على شقص ففيه الشفعة بدية موضحة[5] الخطإ، وبنصف قيمة الشقص؛ لأنا قسمناها[6] على الشقص، وإحداهما معقولة[7] والأخرى مجهولة[8].

وقال المخزومي: بل تحمل دية الخطإ، وهي خمسون على قيمة الشقص، فإن تكن الخمسون ثلث الجميع، استشفع بخمسين ديناراً وبثلثي[9] قيمة الشقص، فهكذا فيما قلَّ من الأجزاء أو كثر[10].

وقال ابن نافع: بقيمة الشقص، إلا أن ينقص[11] عن خمسين[12]، فلا

---

(1) انظر: النوادر والزيادات: 11/168، 169.

(2) في (ن): (وإن).

(3) قوله: (كتاب) ساقط من (ن).

(4) في (ن): (ومن).

(5) قوله: (بدية موضحة) يقابله في (ح): (يريد بموضحة).

(6) في (ن): (قسمناها)، في (ش): (قاسمناهما).

(7) في (ف2): (معلومة).

(8) انظر: المدونة: 9/472، 473.

(9) قوله: (ديناراً وبثلثي) يقابله في (ش)، (ن): (ديناراً أوبثلثي)، المثبت موافق لما في المدونة.

(10) انظر: المدونة: 7/425.

(11) في (ن): (تنقص).

(12) في (ن): (الخمسين).

ينقص منها[1].

ومن الشفعة: ومن صالح من قذف على شقص لم يجز، ورد ولا شفعة فيه[2]، لأن الحقوق التي هي لله لا يجوز فيها العفو إذا بلغت الإمام، ولا يصلح فيها الصلح [(ش: 98/أ)][3] بلغت الإمام أو لم تبلغ[4].

قال أبو بكر: الذي[5] أقول به: أنه يجوز عفوه، وإن بلغ الإمام، وإن لم يرد ستراً.

وهو قول مالك الأول؛لأنه إذا كان له أن يقوم[6] به كان له تركه والعفو عنه، وأن يصالح عليه[7] بما أحب[8] فيجوز ذلك، ومن قتل قتيلاً في حرابة، لم يجز فيه صلح ولي

(1) انظر: النوادر والزيادات: 7/185 و11/169.

(2) عياض: وقوله في الصلح على القذف، (لا أراه جائزاً؛ لأن الحدود التي هي لله إذا لغت السلطان لا عفو فيها، ولا يصلح فيها الصلح على مال قبل أن ينتهي إلى السلطان، قال سحنون: مسألة القذف فيها مغمز، ويجب جواز الصلح فيها، قال فضل: ينبغي أن يجوز عفوه في القذف وتكون فيه الشفعة.

قال القاضي: يعني قبل انتهائه إلى السلطان أو بعد انتهائه على أحد الأقوال في جواز العفو بعد بلوغ السلطان، قال بعضهم: هذا في الحكم والقضاء، ولا فرق بين صلحه على حق في عرضه أو بدنه وإن كان مذموما في مكارم الأخلاق أن يأخذ لعرضه ثمنا، وإلى نحو هذا أشار حمديس، وقال أَشْهَب: الحدود التي لا يجوز فيها الصلح مالاً لا يجوز فيها العفو، كالسرقة والزنا، وما جاز فيه العفو جاز فيه الصلح، تأمل قوله في المحارب: إن أخذوه قبل أن يتوب، فليس عفوهم عفواً، ولا يجوز أن يصالحوه من الدم على مال معناه: أنه إن تاب قبل القدرة عليه فتجوز مصالحته على جميع ذلك؛ لأن الحق فيه صار للناس، بخلاف إذا لم يتب حتى قدر عليه؛ لأن حد الحرابة ثابت فيه لله تعالى. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2413، 2414.

(3) زاد بعد في (ف2) قوله: (على ما)، وقوله: (إذا بلغت الإمام ولا يصلح... الصلح على ما) ساقط من (ف2).

(4) انظر: المدونة: 9/472.

(5) في (ن) و(ف2): (والذي).

(6) في (ش) و(ف2): (يقول).

(7) في (ف2): (عنه).

(8) في (ن): (أوجب).

ولا عفوه.

ومن تكفل[1] بنفس رجل، فغاب فصالح الطالب الكفيل على شقص، فجائز إن عرف مبلغ الدين، وفيه الشفعة بمثل الدين، ويرجع الكفيل على المطلوب، بالأقل من المال الذي عليه، أو من[2] قيمة الشقص[3]، وإن لم يعرف كم الدين؛ لم يجز[4].

ومن ابتاع شقصاً بثمن إلى أجل فللشفيع أخذه، بمثل ذلك الدين إلى أجله إذا كان ملياً، أو أتى بضامن ملي.

وإن احتال البائع على الشفيع بالثمن، لم يجز[5]؛ لأنه فسخ ما لم يحل من دينه في دين[6].

وإن عجل الشفيع الثمن فللمبتاع قبضه ثم ليس عليه أن يتعجله[7] للبائع.

ومن اكترى إبلاً إلى مكة بشقص ففيه[8] الشفعة بمثل كراء الإبل إلى مكة[9]، ولو

---

(1) في (ش) و(ف2): (كفل).

(2) قوله: (من) ساقط من (ن).

(3) عياض: في باب الكفالة في بيع الدور: (إذا بنى المشتري لا شيء على الكفيل من قيمة ما بنى، ويقال للمستحق: ادفع إلى هذا المشتري قيمة ما بنى وخذ دارك)، كذا في رواية أحمد بن أبي سليمان، ولغيره: أو خذ قيمة دارك وكلاهما صحيحان، ومعنى قيمة دارك؛ أي: ثمنها الذي باعها به البائع من المشتري، كما بينها بعد هذا في غير موضعن، ثم قال: (فإن دفع إليه قيمة ما بنى وأخذ داره رجع المشتري على البائع بالثمن أو على الحميل، والمشتري في ذلك غير مخير، وهو قول مالك). كذا في هذه المسألة لكن في كثير من النسخ، وكذا عند أحمد بن خالد، وهو خلاف اختيار ابن القاسم.
قيل: من قولي مالك في هذه المسألة، لكن في كثير من النسخ، وهي رواية ابن عتاب والإبياني: والمشتري في ذلك مخير، إن كان البائع غائبا أو معدماً وبثبوت هذه الزيادة لا يكون اختلافا من قول ابن القاسم. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2391، 2392.

(4) انظر: المدونة: 9/ 471 و472.

(5) قوله: (لم يجز) ساقط من (ش) و(ف2).

(6) انظر: المدونة: 9/ 416.

(7) في (ن) و(ف2): (يعجله).

(8) في (ش) و(ف2): (فيه).

(9) انظر: المدونة: 9/ 471.

آجر بالشقص أجيراً سنة، فبقيمة[1] الإجارة[2].

ولو اكترى به داراً فبقيمة[3] كرائها.

وإن[4] ابتاع شقصاً، وعرضاً بثمن فالشفعة في الشقص خاصة، بحصته من الثمن بقيمته من قيمة العرض يوم الصفقة، تغيرت الدار بسكناه أو لم تتغير، وليس للشفيع أخذ العرض، ولا ذلك عليه إن أباه.

وإن باع عبداً بألف درهم، وبشقص قيمته ألف، ففيه الشفعة بنصف قيمة العبد، ولا شفعة في بيع فاسد، ولو علم به بعد أخذ الشفيع فسخ بيع الشفعة والبيع الأول؛ لأنه دخل بمدخله، وإن لم يفسخ البيع الأول، حتى يفوت فتجب فيه[5] القيمة يوم قبضه، ففيه حينئذ الشفعة بتلك القيمة، وإن فاتت الدار ببناء زاد البائع، فعلى الشفيع قيمة البناء، مع تلك القيمة إن شاء أو يدع.

ولا ينقص الشفيع من قيمة الشقص يوم الشراء شيئاً[6] إن انهدمت الدار.

قال: والبناء والهدم والغرس فوت[7] في البيع الفاسد في الربع، وبناء البيوت، أو[8] عطب الغرس[9]، وليس تغير سوق الرباع فوت، ولا أعرف أن تغير البناء فوت، أو طول المدة السنتين أو الثلاثة[10].

وإن باعه[11] المبتاع من غيره بيعاً صحيحاً فذلك فوت[12] وللشفيع الأخذ بثمن

---

(1) في (ش) و(ف2): (فقيمة).

(2) انظر: المدونة: 9/496.

(3) في (ش): (فقيمة).

(4) في (ن): (ومن).

(5) في (ن): (به).

(6) في (ن): (بشيء).

(7) قوله: (فوت) غير مقروء في (ش).

(8) في (ف2): (و).

(9) انظر: المدونة: 9/432.

(10) في (ن): (والثلاثة).

(11) في (ن): (باع).

(12) في (ش): (موت)، المثبت موافق لما في المدونة.

البيع الصحيح، ويتراد الأولان القيمة، وليس للشفيع الأخذ بالبيع الأول الفاسد، لأنا نُزيلُ البيع الذي أفاته ويعود بيع فاسد[1] لا فوت فيه، إلا أن يفوت ببناء أو هدم، فليأخذ إن شاء بالثمن الصحيح[2]، أو بالقيمة في الفاسد، ولو لم تفت بهذا، إلا أن المتبايعين ترادا القيمة [(ش: 98/ب)] بعد البيع الثاني، فللشفيع أن يأخذ بأي ذلك شاء لتمام البيع، بأخذ القيمة ترادّاها[3] بقضية أم بغير قضية، ولو رد مبتاع الصحة ذلك بعيب[4]، فليس للمبتاع الأول الرد بفساد البيع؛ لأنه صح بأخذ القيمة فيه أولاً، ولكن له الرد بالعيب، ويأخذ القيمة التي دفع.

وقد قال مالك في المكتري: يتعدى الموضع فيتلف[5] الدابة فيغرم القيمة، ثم توجد بحالها، فليس لربها أخذها[6].

قال سحنون: ليس له رده[7] بعيب، وله أن يرجع بما زيد عليه في القيمة، كغاصب غرم القيمة، ثم وجدت[8] السلعة على صفة دون[9].

قال ابن القاسم: ومن أعمر عمرى على عوض، لم يجز ورد ولا شفعة فيه؛ لأنه أكراه حياته، وذلك مجهول ويرد المعمر الدار، ويرد غلتها إذ لم تكن الدار في ضمانه؛

---

(1) قوله: (بيع فاسد) غير مقروء في (ش)، ولعل الصواب: (بيعاً فاسداً).

(2) عياض: ومسألة: (من اشترى بيعا فاسداً فباعه بيعا صحيحا. قال: هذا فوت في البيع الفاسد. زاد في رواية ابن وضاح: وله أن يأخذ بالبيع الصحيح وليس له أن يأخذ بالبيع الفاسد).
قال ابن وضاح: وهو رأيه وليس هو من الأصل، ولم يكن في كتاب الإبياني، وتأمل قوله: (إن كان قد بنى فيها بنياناً كالقصور والبيوت، فهذا فوت أيضاً)، هذا يفسر ما أجمله في غير هذا الموضع وكان البنيان اليسير والإصلاح الخفيف حكمه حكم تغيير البناء من غير هدم، والله أعلم. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2389، 2390.

(3) في (ن): (يترادها).

(4) في (ش) و(ف2): (بيعت).

(5) في (ن): (فتتلف).

(6) انظر: المدونة: 9/474، وما بعدها.

(7) في (ن): (ردها).

(8) في (ن): (أصاب)، وفي (ف2): (وجد).

(9) انظر: النوادر والزيادات: 11/178.

لأنه إنما اكتراها ومرجعها إلى ربها، ويأخذ عوضه، وإنما الغلة للذي تصدق[1] عليه رجل بدار، على أن ينفق عليه حياته، لأنه بيع فاسد فهي في ضمانه، ويرجع بما أنفق ويرد الدار، ولو هلكت الدار بيده بغرق أو غيره فعليه قيمتها[2].

ومن ادعى حقاً في دار ولم يسمه، ثم اصطلحا فيه على الإنكار على شقص أو دراهم، فإن عرف دعواه منها سماه، فإن لم يسمه بطل الصلح ولا شفعة فيه، وإن جهلا ذلك جميعاً جاز الصلح، وكذلك صلح الزوجة الوارثة[3] لا يجوز إلا بعد معرفتها، وإياهم بجميع التركة.

سحنون: إن عرفاه بالحق[4] في الدار أو جهلاه جاز الصلح، فإن عرفه واحد وجهله الآخر[5]؛ لم يجز.

قال[6] ابن القاسم: وإن[7] ادعيت سدس دار بيد رجل، فأنكر فصالحك منه على شقص من دار أخرى، فالشفعة في الشقص الذي لا دعوى فيه بقيمة المدعى فيه[8]،

---

(1) في (ش): (يصدق).

(2) انظر: المدونة: 9/482، 483.

(3) في (ن): (الورثة).

(4) قوله: (عرفاه بالحق) يقابله في (ش) و(ف2): (عرفا الحق).

(5) في (ن): (آخر).

(6) قوله: (قال) ساقط من (ن).

(7) في (ن): (إن).

(8) عياض: ومسألة المصالح: (من دعوى في سدس دار على الإنكار بشقص من دار أخرى دفعه المدعي وقبض السدس). لا شفعة في السدس ويشفع في الشقص يقوم من هنا أن الشفعة في المناقلة على إحدى الروايات عنه في منع ذلك جملة على أي وجه كان التعاوض رواية ابن القاسم عن مالك في العتبية، وكتاب ابن حبيب، كان المتناقلان شريكين في الأصلين أو في أحدهما أو لا؛ إذ لو لم يكن عنده - هنا - بينهما شفعة لكان من حجة دافع السدس أن يقول: أنا لم أبع أصلاً إلا بأصل، ولم أبعه بثمن غير الأصول، فلا شفعة علي فيما أخذت فيه، وقد قيل في هذا الباب كله: لا شفعة فيه كان ما ناقل له به ليس فيه شرك مع المشتري أو غيره، وهي رواية ابن القاسم عن أصحابه عن مالك وربيعة وغيرهما من المدنيين إذا قصد المناقلة والسكنى دون البيع، وذكر مُطرِّف، وعبد الملك عن مالك أن المناقلة التي لا شفعة فيها أن يبيع حصته من شريكه بأصل آخر له فيه معه شرك

ولو كان على إقرار كانت[1] الشفعة في الشقصين[2].

ولو صالحه منه على عرض أو دراهم، فإن كان على إقرار ففيه الشفعة، بقيمة العرض أو مثل الدراهم، وإن كان على إنكار فلا شفعة فيه.

وإن ادعيت عليه أنه قتل دابتك فصالحك[3] على شقص، ففيه الشفعة بقيمة الدابة، والقول قولك[4] في قيمتها ولا تكلف[5] صفتها، فإن ادعيت ما لا يشبه صدق الشفيع فيما يشبه[6].

ومن غصب عبداً فابتاع به شقصاً، فلا قيام للشفيع مادام العبد لم يفت، فإن فات فوتاً يجب به[7] على الغاصب قيمته، فللشفيع الأخذ بقيمته يوم البيع[8].

قال محمد: هذا[9] إذا فات بموت، ويؤدي[10] الشفيع قيمة العبد يوم بيع، ويغرم الغاصب قيمته يوم الغصب، فأما [(ش: 99/أ)] لو فات بعيب، فلا شفعة للشفيع، إذ لرب العبد فيه الخيار بعد[11].

= - أيضاً - ليوسع من حظه بما صار له من حظ شريكه، فلا تكون المناقلة على هذا إلا بشرط شركتهما في الأصلين المتناقلين بهما، وهذا أبين الوجوه في إسقاط الشفعة ظاهر في الفقه، وقال مُطرِّف بإسقاط الشفعة إذا كانت شركة، وإن كانت من جهة واحدة وفي المبيع الواحد، فتسقط في الجهة التي أخذ من شريكه؛ ليوسع به في منزله دون ما دفع مما لم يكن للآخر فيه شرك، وهذا قريب في الظهور والفقه من الأول لكن له - أيضاً - وجه صحيح إذا لم يقصد المبايعة. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2421، ومابعدها.

(1) في (ش): (لكانت).

(2) انظر: المدونة: 9/496.

(3) في (ش): (فصالحه).

(4) في (ش): (قوله).

(5) في (ش): (يكلف).

(6) انظر: المدونة: 9/497.

(7) قوله: (يجب به) يقابله في (ن): (تجب فيه).

(8) انظر: المدونة: 9/498.

(9) في (ن) و(ف2): (وهذا).

(10) زاد بعده من (ن): (فيه).

(11) انظر: النوادر والزيادات: 11/181.

ولو غصب دراهم فابتاع بها[1] شقصاً فللشفيع الشفعة مكانه، وعلى الغاصب مثلها، وإن وجدها المغصوبة منه بعينها بيد البائع أخذها، ورجع البائع بمثلها والبيع تام[2].

القضاء في عهدة الشفيع والشقص يباع، أو يوهب أو يمهر[3] أو يعاوض به، أو يقسم قبل قيام الشفيع وفي الثمن يزاد فيه، أو يوضع منه بعد البيع، أو يرد بعيب أو يستحق وجامع التداعي بين الشفيع، والمبتاع وجامع أقضية في الشفعة

والقضاء أن عهدة الشفيع على المبتاع، وإليه يدفع الثمن، وإن كان هو لم يدفع إلى بائعه بعد، ولو غاب المبتاع قبل أن ينقد ويجوز نظر الإمام في ذلك، والبائع له منع[4] الشقص، حتى يقبض الثمن، فإن شاء الشفيع أن ينقده فذلك له، ويقبض الشقص وعهدته على المبتاع؛ لأنه عنه أدى، ولو قام[5] غرماء المبتاع، فالبائع أحق بثمن شقصه، ولو لم يقم الشفيع، وسلم[6] لبيع الشقص للبائع في الثمن، إلا أن يقوم غرماء المبتاع،

---

(1) في (ش) و(ف2): (فابتاعها).

(2) عياض: ومسألة (من اشترى بعبد مغصوب أو دراهم مغصوبة)، وقوله في مسألة (الدراهم وفي فوات العبد الشفعة)؛ فيه دليل على جواز شراء ما اشترى بالثمن الحرام على ما قاله محمد بن سحنون وابن عبدوس وغيرهما، وإن كان ابن عبدوس قد فرق بين علم البائع بذلك، أم لا؛ لأنه إذا علم كأنه رضي بدفع سلعته بغير ثمن أو بثمن معيب، بخلاف إذا لم يعلم. قال غيره: وإنما نحا ابن عبدوس في ذلك منحى الورع، وقد كره سحنون وغيره شراء ذلك على الجملة. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2423.

(3) في (ن): (المهر).

(4) في (ش) و(ف2): (منه)، والمثبت موافق للمدونة.

(5) في (ف2): (قامت).

(6) في (ف2): (أو أسلم).

فيفلسوه فيكون البائع أحق بعين شيئه، إلا أن يعطوه الغرماء الثمن، ويقضى للشفيع بالشفعة في غيبة[1] المبتاع، كالقضاء[2] عليه، ويكون على حجته[3].

ومن ابتاع شقصاً ثم باعه فتداولته الأملاك[4]، فللشفيع أخذه بأي صفقة شاء، وينقض ما بعدها، وكذلك لو بيع على المبتاع في دين لغرمائه في حياته، أو بعد وفاته فله الأخذ بالبيع الأول، وينقض الثاني وإن شاء أخذ بالثاني[5].

ولو أقال[6] منه فالشفعة للشفيع، وتبطل الإقالة وليس له أخذها بعهدة الإقالة.

قال مالك: هي في كل شيء بيع حادث إلا في هذا، فإن سلم الشفيع صحت الإقالة[7].

وإذا اشترت المرأة شقصاً فخالعت به، فإن شاء الشفيع أخذه، وتكون عهدته على الزوجة فليأخذه[8] بالثمن الذي اشترته به[9]، وإن شاء[10] عهدته على الزوج

---

(1) في (ش): (غيبتة).
(2) في (ش): (لقضاء).
(3) انظر: المدونة: 9/ 413، وما بعدها.
(4) في (ش): (أملاك).
(5) انظر: المدونة: 9/ 490.
(6) في (ن): (أقام).
(7) انظر: المدونة: 9/ 423.
عياض: وقوله في الإقالة: (الإقالة باطلة إلا أن يسلم الشفيع الشفعة). قال عيسى بن دينار: معناه لا يقطع الشفعة حتى يعد البائع فيها، كأنه لم يبع، فإذا ثبتت الإقالة، فيأخذ الشفيع إن شاء من المشتري بعهدة البيع، وإن شاء من البائع بعهدة الإقالة على الإقالة، كأنه - هنا - اتهمهما على حل البيع؛ لإبطال الشفعة، ولا يختلف إذا كانت الإقالة بعد تسليم الشفعة أو زيادة الثمن أو نقصه أن فيها الشفعة. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2390، 2391.
(8) في (ش): (فلتأخذه)، والمثبت موافق لما في التهذيب: 4/ 138.
(9) قوله: (به) زيادة من (ف2).
(10) قوله: (وإن شاء) يقابله في (ن): (به).

فليأخذه[1] بقيمته يوم الخلع، وإن أخذه من الزوجة بالثمن رجع الزوج عليها بقيمته يوم الخلع، ومن اشترى شقصاً فنكح به فمثل هذا سواء، فيكون الزوج في النكاح كالزوجة في الخلع[2].

ومن [(ش: 99/ب)] اشترى[3] شقصاً، ثم قاسم شريكه، ثم جاء الشفيع فله نقض القسم وأخذه كبيع يرده، ولو بنى فيه بعد القسم مسجداً، فللشفيع أخذه وهدم المسجد[4].

قال سحنون: ولا[5] يرد القسم، وللشفيع أخذ ما وقع للمبتاع في القسم بالشفعة[6].

قال[7] ابن القاسم: ومن ابتاع شقصاً، ثم وهبه لغير ثواب، أو تصدق به فللشفيع نقض [(ش: 100/أ)] ذلك وأخذه، والثمن للموهوب أو للمتصدق[8] عليه؛ لأنه علم[9] أن له شفيعاً، فكأنه وهبه الثمن بخلاف الاستحقاق[10].

ولو زاد المبتاع للبائع في الثمن بعد البيع، فللشفيع الأخذ بالثمن الأول؛ لأنه بيع وجب.

ولو وضع البائع عن المبتاع من الثمن، بعد الصفقة بعد أخذ الشفيع أو قبله[11]،

(1) في (ش): (فلتأخذه)، والمثبت موافق لما في التهذيب: 4/138.
(2) انظر: المدونة: 9/424.
(3) في (ن): (ابتاع).
(4) انظر: المدونة: 9/490.
(5) في (ن): (وهذا)، وفي (ف2): (لا).
(6) انظر: النوادر والزيادات: 11/160.
(7) في (ن): (وقال).
(8) في (ش): (المصدق).
(9) قوله: (علم) غير مقروء في (ش).
(10) انظر: المدونة: 9/431.
(11) في (ن) و(ف2): (قبل).

فإن بقي من الثمن ما يشبه ثمن الشقص قيل لهما: فإنما أظهرتما من الثمن الأول سبباً[1] لقطع الشفعة، ويوضع ذلك عن الشفيع، وإن[2] لم يبق ما يشبه الثمن لقلته كانت الوضيعة هبة للمبتاع لغير استغلال[3]، فلا يحط لذلك الشفيع شيء.

وقال أيضاً في موضع آخر: إن حط ما يشبه أن يحط في البيوع، لزمه أن يحط مثله، وإن كان ما لا يحط مثله لم يلزمه شيء[4].

ومن ابتاع شقصاً بعبد[5] بعينه، فاستحق بعد أخذ الشفيع فذلك فوت، ولبائع الشقص على مبتاعه قيمة الشقص كاملة، كان ذلك أكثر مما أخذ فيه[6] من الشفيع أو أقل، ثم لا تراجع بينه، وبين الشفيع إذ الشفعة كبيع ثان[7].

وقال[8] سحنون: إن غرم أقل رجع عليه بما بقي، وإن غرم أكثر خير الشفيع، فإما غرم الزائد أو ترك[9] الشقص[10].

قال ابن القاسم: وإن ابتعت شقصاً بحنطة بعينها[11]، فاستحقت الحنطة فسخ البيع، ولا شفعة في ذلك، ولو كان الاستحقاق بعد أن[12] أخذ الشفيع مضى ذلك ورجع بائع الشقص عليك بمثل الحنطة[13].

---

(1) في (ن): (تسبب).

(2) في (ن): (ولو).

(3) في (ش) و(ف2): (استعلاء).

(4) انظر: المدونة: 9/424.

(5) قوله: (بعبد) ساقط من (ن).

(6) قوله: (فيه) زيادة من (ف2).

(7) انظر: المدونة: 9/441.

(8) في (ن): (قال).

(9) في (ن): (ويرد)، وفي (ش): (تزاد).

(10) انظر: النوادر والزيادات: 11/181.

(11) قوله: (بعينها) ساقط من (ش) و(ف2).

(12) قوله: (أن) ساقط من (ن).

(13) انظر: المدونة: 9/441.

عياض: ومسألة: (من اشترى شقصاً من دار بحنطة، فاستحقت الحنطة، وقد أخذها الشفيع ⇐

وردها[1] سحنون وقال: يرجع بقيمة شقصه لفواته[2].

وقاله ابن القاسم في كتاب السلم فيمن ابتاع حنطة فاستحقت: فليرجع بالثمن في المعينة، وبالمثل في المضمونة[3].

وإن ابتعته بعبد بعينه فمات[4] في يدك[5]، فالشفعة للشفيع بعقدة البيع، ولو رد عليك بعيب بعد أخذ الشفيع فذلك فوت، وعليك[6] قيمة الشقص بخلاف البيع الفاسد الذي يبطل[7] فيه الشفعة؛ لأن البيع فسد بعينه[8]، وفي العيب لو شاء البائع لرضا العيب[9] فتم.

والموهوب له الشقص، والمتصدق به عليه يقول له الشفيع: أخاف أنك ابتعته منه، أو عاوضته فيه سراً، وأردتما قطع الشفعة بها [(ش: 100/ب)] أظهرتما، فإن كان ممن يتهم أحلفه وإلا لم يحلف[10]، ....

=

بالشفعة قبل استحقاقه الطعام لم يرد البيع، ويغرم له مثل طعامه وإن كان قبل أخذه فلا شفعة له)، كذا ثبتت عندي الرواية في كتاب ابن عتابن، وكذا عند ابن وضاح وعند بعضهم وعند ابن أبي زمنين والإبياني وكذا لابن باز وعند ابن المرابط ولابن باز عند غيره. قال ابن وضاح: كذا أصلحها سحنون لا يرد ويغرم قيمة الشقص الذي اشترى. وقال في الرواية الأخرى هي غلط. قال: وكذا قرأنا عليه نقص زياد، وطرح له لم يرد وغرم له مثل طعامه. قال يحيى: قال سحنون: لا أعرف هذا الأصل وهي محطوطة من كتاب الإبياني، وقال القابسي: إنما يرجع قوله: ويغرم له مثل طعامه على الشفيع لا على المشتري، وبه تصح المسألة، وإذا كان كذا لم يحتج إلى إصلاح. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2392، 2393.

(1) في (ن) و(ف2): (ردها).

(2) انظر: النوادر والزيادات: 11/181.

(3) انظر: المدونة: 6/316.

(4) في (ف2): (ثم مات).

(5) قوله: (يدك) ساقط من (ش)، وفي (ف2): (بيدك).

(6) في (ن): (وعليه).

(7) في (ن) و(ف2): (تبطل).

(8) في (ن) و(ف2): (لعينه).

(9) في (ف2): (العبد).

(10) عياض: وقوله: (في الموهوب الشقص يدعي عليه الشراء في السر وكتمه أو كانت بثواب والحيلة

=

وإن أقر رجل أنه ابتاع بكذا[1] هذا الشقص من فلان الغائب، فقام الشفيع فلا أقضي له بالشفعة بإقرار هذا، حتى تقوم بينة على الشراء، لأن للغائب أن يرجع بالغلة على مدعي الشراء منه، حتى يثبت أنه اشترى، ولا غلة له على الشفيع إن أخذها بشفعته، فيبطل حق الغائب في الغلة بلا بينة.

وإذا اختلف الشفيع والمبتاع في الثمن[2] فالقول قول المبتاع، لأنه مدعى عليه، ويحلف إلا أن يأتي بما لا يشبه مما لا يتغابن الناس بمثله، فلا يصدق إلا مثل الملك، والرجل الملي يرغب فيه للجوار، فيزيد على القيمة ما يزيد مثله، ولو أقاما البينة قضي بأعدلها، وإن تكافأت[3]،فالقول[4] قول المبتاع كالبينة إذا لم تقم[5].

باسم الهبة، إن كان رجل صدق لا يتهم على مثل هذا، فلا يمين عليه وإن اتهم حلف)، فيه حجة في مراعاة الشبه في المدعى عليه وأن من ادعي عليه بدعوى لا تشبه ولا جرت عادته به أنه لا يمين عليه فيه. قال بعض شيوخنا في معنى المسألة: أنه لم يحقق عليه الدعوى وإنما اتهمه بذلك، فصارت يمين تهمة لا تلزم إلا من يليق به ذلك، وهذا صحيح ألا تراه كيف قال: أخاف أن يكون قد باعه في السر، ولو حقق عليه الدعوى للزمه اليمين على كل حال إلا الرجل الصالح المبرز، الذي لا يليق به هذا جملة على رأي بعضهم. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2423، 2424.

(1) قوله: (بكذا) ساقط من (ن) و(ف2).

(2) قوله: (في الثمن) ساقط من (ن).

(3) في (ش) و(ف2): (تكأفت).

(4) في (ش) و(ف2): (قبل).

(5) قوله: (يقم) ساقط من (ن).

عياض: وقوله في تكافؤ البينتين في: (اختلاف المشتري والشفيع في الثمن، القول قول المشتري؛ لأن الدار في يديه).

نبه بعض متأخري الأندلسيين عليه أنه يفهم منه أن الدار لو كانت بيد الشفيع بخلاف ذلك، وقد فاتت أو لم تفت.

وانظر قوله في كتاب الرواحل (في الراحلة يكتريها،... في اختلافهم في مسألة أيلة وجعله القول قول المكتري لقبضه الراحلة)، ولأن تسليم الشقص للشفيع كتسليم السلعة للمشتري، والخلاف هل القول قوله بنفس تسليمها أو حتى يبين بها أو حتى تفوت. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2381، 2382.

ولو ابتاع بعرض ثم اختلفا في قيمته[1] وقد فات بيد البائع أو لم يفت فإنما ينظر قيمته يوم الصفقة لا اليوم، والقول قول المبتاع في قيمته، فإن جاء بما لا يشبه، فالقول قول الشفيع فيما يشبه، فإن جاء بما لا يشبه وصفه المبتاع، وحلف على صفته، وأخذ الشفيع بقيمة تلك الصفقة يوم الصفقة، أو ترك فإن نكل المبتاع حلف الشفيع على ما يصف هو[2]، وأخذ بقيمة صفته[3].

قال سحنون: إن جاء بما لا يشبه أخذ بقيمة الشقص يوم وقعت الصفقة.

قال ابن القاسم: ولو أخذ شقصاً في استهلاك دابة، فالشفعة بقيمة الدابة، ويصدق في قيمتها دون أن يصفها، إلا أن يأتي بما لا يشبه كما ذكرنا[4].

وإن قال البائع: بعت بمائتين، وقال المبتاع: بمائة، وقال الشفيع: بخمسين، أو لم يدع شيئاً، فإن لم تفت الدار بطول زمان أو ببناء، أو هدم أو بيع أو صدقة، أو بتغير للمساكن، ونحوه كانت بيد المبتاع، أم[5] بيد البائع، فالقول قول البائع، ويترادان بعد التحالف[6].

---

(1) في (ش)، (ن): (قيمه).

(2) قوله: (هو) ساقط من (ن).

(3) انظر: المدونة: 9/440، 441.

(4) انظر: المدونة: 9/440، 441.

(5) في (ن): (أو).

(6) انظر: المدونة: 9/419، 420.

عياض: وقوله في مسألة اختلاف البائع والمشتري والشفيع: (إن كانت الدار في يد البائع أو في يد المشتري لم تفت بطول الزمان أو بهدم أو تغير المساكن، إلى آخر ما ذكره فالقول قول البائع؛ يريد: ويتحالفان ويتفاسخان وإن تغيرت بما ذكرت لك وهي في يد المشتري، فالقول قوله). قال بعضهم: قوله بطول الزمان يدل أن حوالة الأسواق في البيع الفاسد فوت في اختلاف المتبايعين، كما قال في كتاب محمد، وما وقع في بعض رواية الأندلسيين في أنه فوت في ذلك، وإلى هذا نحا أبو عِمرَان، وكذلك استدلوا منها - أيضاً - على أن ذلك فوت في البيع الفاسد، كما قال أصبغ، خلاف ما قاله بعد في المدونة وغيرها، وقد يقال: إن المراد بطول الزمان الذي تتغير في مثله الدار وتنهدم من ذاتها؛ لضعف بنائها ووهائها، وما ذكره بعده من فعل بني آدم، وقد بين بعد أن تغيير البناء من غير هدم ليس بفوت، وكذلك قوله: (وإن تغيرت الدار بما ذكرت، وهي في يد المشتري، فالقول قوله)، =

ثم ليس للشفيع أن يقول: أخذها بمائتين ولا تردوا[1] الصفقة، ولا شفعة[2] حتى يتم البيع فتصير العهدة على المبتاع، وهٰهنا[3] هي على البائع؛ ألا ترى أنه لا شفعة في هبة إلا بعد العوض[4].

ولو فاتت الدار بيد المبتاع، صدق مع يمينه، وأخذها الشفيع بذلك.

ولو أنكر المشتري الشراء و[5] ادعاه البائع فتحالفا وتفاسخا، فليس للشفيع أن يقول، آخذ بالشفعة بإقرارك بالبيع، وإن ادعى المبتاع أنه بنى [(ش: 101/أ)] في الدار بناء، فأكذبه الشفيع فالمبتاع مدع وعليه البينة.

=

فانظر تخصيصه تغيرها بيد المشتري، قالوا: فلو تغيرت بيد البائع تحالفا وتفاسخا، قال أبو محمد: إن تغيرت بهدم أو بناء بيد البائع، نظر إلى قيمة الدار مبنية وقيمتها مهدومة، فما نقصها فمن المشتري ويتحالفان ويتفاسخان، ويغرم المشتري للبائع مقدار ما نقصها الهدم من الثمن الذي أقر به وإن حلف أحدهما ونكل الآخر لزمه ما حلف عليه صاحبه. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2384، وما بعدها.

(1) قوله: (ولا تردوا) يقابله في (ش): (ولا ترد في).

(2) في (ش): (الشفعة).

(3) في (ن): (هٰهنا).

(4) عياض: وقوله في الهبة للثواب: (أجازه الناس، وفي القياس ينبغي ألا يكون جائزاً)، فيه إشارة إلى قول المخالف: أن الهبة للثواب لا تجوز؛ لأنها من... المبايعة بالغرر، وقد قال ابن وضاح: طرح سحنون قوله: وفي القياس ينبغي ألا يكون جائزا، وثبت في كتاب ابن عتاب، وخرجه في كتاب ابن المرابط، وقال: ثبت للإبياني وحده. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2386.

(5) في (ن): (أن)، وفي (ش): (أو).

في قيام الشفيع أو المستحق، وفي النخل تمر[1] أو في الأرض زرع، أم لا أو قد كان ذلك فيهما[2] يوم البيع في الصفقة، أو لم يكن وفي غلة النخل والدار قبل قيامهما، أو ما يحدث في ذلك من نماء أو بناء أو هدم وغيره، وفيمن استحق نصف ذلك واستشفع.

قال ابن القاسم: والقضاء في الشفعة أن المبتاع لا يضمن للشفيع[3] ما حدث في الشقص من عطب، أو هدم أو حرق أوغرق، أو ما غار من عين[4] أو بئر، ولا يحط الشفيع لذلك من الثمن شيئاً، فإما[5] أخذ بجميع الثمن، أو ترك[6].

وكذلك لو هدم المبتاع البناء ليبنيه أو ليتوسع، فإما أخذ ذلك مهدوماً، مع نقصه

---

(1) في (ن): (ثمر).

(2) في (ن): (فيها).

(3) في (ف2): (لشفيع).

(4) قوله: (عين) ساقط من (ن).

(5) في (ش): (وإما).

(6) انظر: المدونة: 425/9.

عياض: وقوله: (إذا هدم المشتري الشقص لم يأخذه الشفيع، إلا بجميع الثمن)، وقال بعض الشيوخ: إنما يصح إذا لم يعلم المشتري أن معه شفيعاً، ولا لأحد فيها شركاء غير بائعه، فمتى علم ثم هدم فهو ضامن وحكمه حكم المتعدي الغاصب. وقال ابن لبابة: في هذه المسألة وهم وإنما يصح أنه ابتاع جميع الدار، فهدمها، ثم استحق مستحق بعضها أو اشترى بعضها وهدمها مع شريكه، فأتى شريك آخر لم يعلم به أو مستحق لما بيد شريكه، فحينئذ يجري فيه الجواب المتقدم، وأما غير هذه الوجوه فمحال؛ لأن الجزء الذي هدم ليس له وحده، وهو فيه متعد غاصب، فعليه ما على أهل العدا، يخير المستحق إن شاء ضمنه قيمة نصيبه، وإن شاء أخذ نصيبه وأغرمه قيمة ما نقصه الهدم وشفع في الباقي على ما فسره في المسألة.

وقال ابن زرب فيمن بنى في حصة لها شفيع فقام شفيعه فأخذ قيمة بنائه منقوضاً لا شيء في ماله.

وقال غيره: هو كالمتعدي. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2383، 2384.

أو ترك.

وكذلك لو سكن، حتى تهدم البناء فلا شيء عليه، وإما أن يأخذ ذلك الشفيع، بالثمن كله أو يترك.

ولو هدم ثم بنى قيل للشفيع: خذ بجميع الثمن وقيمة ما عُمّر.

قال أشهب: يوم[1] القيام، وله قيمة البناء الأول منقوضاً[2]. قال ابن القاسم: وإلا فلا شفعة لك[3].

وليس للشفيع فيما اغتله المبتاع من غلة دار، أو أرض أو ثمرة نخل قبل قيامة شيء، وله الشفعة في النخل بما فيها من ثمر[4] ما لم ييبس.

قال سحنون: الشفعة في الثمرة مع الأصل إلى حد[5] ما لو بيعت وحدها، لم يكن[6] فيها شفعة، وهو أن ييبس ويستغني عن الماء بخلاف الزرع، لأن الثمرة ولادة[7]، والزرع لا يأخذه مستحق كان صغيراً أو بدا صلاحه[8].

وإن ابتاع نخلاً لا ثمر فيها أو فيها ثمر لم يؤبر[9] ثم استحق رجل نصفها واستشفع[10]، فإن قام يوم البيع أخذ النصف بملكه[11] والنصف بشفعته بنصف الثمن ورجع المبتاع على بائعه بنصف الثمن، وإن لم يقم حتى عمل فيها المبتاع فأبرت،

---

(1) في (ش): (قبل).

(2) انظر: النوادر والزيادات: 11/137.

(3) انظر: المدونة: 9/426.

(4) في (ن): (ثمرة).

(5) في (ش): (جذ).

(6) في (ف2): (تكن).

(7) عياض: وقوله: (لأن الثمرة حبل) - بسكون الباء - أي ولادة، هو اسم الشيء المحمول به، وبفتحها اسم الفعل ومصدره. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2401.

(8) انظر: النوادر والزيادات: 11/129.

(9) في (ش): (يأبر).

(10) في (ن): (استشفع).

(11) في (ش): (بملك).

وفيها الآن بلح أو فيها ثمرة قد أزهت، ولم تيبس فكما ذكرنا، ويأخذ الأصل بثمره، وعليه للمبتاع قيمة ما سقى، وعالج فيما استحق واستشفع، وإن لم يشتشفع فذلك عليه فيما استحق فقط، فإن أبى أن يغرم ذلك فيما استحق، فليس له أخذه، وليرجع إن شاء بالثمن [(ش: 101/ب)] على البائع ويجيز[1] البائع[2].

ومن المختلطة وغيرها[3] عن ابن القاسم: فإن قام بعد يبس الثمرة، أو جذاذها فله نصف النخل المستحق دون نصف الثمرة؛ لأنها غلة حدثت عند المبتاع، ولا شيء عليه من قيمة العلاج، وليس له ثمرة النصف المستشفع، وليأخذ نصف الأصول إن شاء بالشفعة بنصف الثمن، لا يحط عنه للثمرة شيء[4]، إذ لم يقع لها يوم البيع من الثمن[5] حصة.

ومن كتاب ابن المواز: ولو كانت مأبورة يوم الصفقة، فاشترطت في البيع، فنصف الثمرة للمستحق باستحقاقه يبست، أو لم تيبس جذها المشتري، أو باعها أو أكلها، فإن فاتت فعليه له نصف المكيلة إن أحصاها، وإلا فالقيمة وإن عرف ثمنها في بيعه إياها، فللمستحق أخذ نصف الثمن، إن شاء من بائعها، ولو لم تفت من يد[6] مشتريها،

---

(1) في (ش): (ويجز).

(2) انظر: المدونة: 9/447، وما بعدها.

عياض: وقوله: (فيمن اشترى نخلاً فيها طلع لم يؤبر، فاستحق رجل نصفها وقد عمل فيها المشتري)، وسقى وأبرت النخل، أخذ المستحق النصف بالاستحقاق، والثاني بالشفعة وغرم للمشتري عمله فيما سقى وعمل في... جميع ذلك، فإن لم يأخذ بالشفعة فله نصف الحائط ونصف الثمرة، وعليه نصف ما عمل المشتري، فإن أبى أن يغرم ذلك لم يكن له أن يأخذ نصف ماستحق، ورجع على البائع بنصف الثمن، كذا في الروايات والأصول. قال ابن أبي زمنين: قوله: نصف ما استحق مستحيل، والصواب سقوطه.

قال القاضي: إنما يستحيل إذا حمل النصف على ما استحق، وإذا حمل على الجميع استقام. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2398 و2399.

(3) في (ن): (وغير).

(4) في (ن): (للثمر).

(5) في (ش): (الثمر).

(6) قوله: (من يد) يقابله في (ن): (بيدي).

فللمستحق الخيار في رد البيع في حصته، وأخذها أو[1] أمضاه وأخذ الثمن من بائعها، فإن فاتت عند مشتري الثمرة بتلف، فليس على بائعها إلا الثمن، ولا قيمة عليه، إذ لم يتعد[2]، إلا أن يكون مشتر الثمرة، أكلها أو باعها أيضاً، فإن كان باعها فالمستحق مخير في الثمن الذي باعها به الأول، أو الثمن الذي باعها به مشتريها آخراً، وإن أكلها مبتاعها فالمستحق مخير بين أن يغرمه قيمتها، أو يأخذ الثمن من بائعها، فإن غرم مشتريها قيمة، أو ثمناً رجع على بائعه بحصة[3] المستحق من الثمن، ثم لبائعه وهو مبتاع الأصل، أن يرجع على المستحق بحصته من النفقة والعلاج، وإن كان ما يلزمه من العلاج أكثر من قيمتها أو من ثمنها، فإن شاء أخذها المستحق[4] بذلك، وإن شاء سلم وأخذ الثمن بذلك من بائع الرقاب.

قال: والمشتري مصدق فيما يذكر من النفقة، والعلاج ما لم يتبين كذبه.

ثم إن شاء المستحق أخذ نصف النخل، بشفعته بحصته من الثمن، ويحط عنه ما قابل الثمرة من الثمن إن قام، وقد يبست أو جذت.

قال أشهب: يأخذ الثمرة بشفعته، وإن جذت ولو بيعت كان له أخذ ثمنها، ولو أكلت كان له أخذ[5] قيمتها إن لم تعلم مكيلتها.

وهذا إذا كانت يوم الشراء مأبورة، ولو كانت يومئذ غير مأبورة، فأبرت عند المبتاع، أو أزهت فلا شيء للشفيع فيها بشفعته وإن لم تيبس، لأن [(ش: 102/أ)] الشفعة بيع والثمرة المأبورة للبائع، وكذلك الأرض تشتري بزرعها قبل أن يظهر، ثم يستحق رجل نصف الأرض، ونصف الزرع وقد ظهر، فلا شفعة فيه ويوضع عن الشفيع ما قابل قيمة الثمرة، التي لم تؤبر يوم البيع، أو البذر في الأرض على غرره يوم البيع.

---

(1) في (ش): (و).

(2) في (ن): (ينقد).

(3) في (ش)، (ن): (بحصته).

(4) في (ن): (ما استحق).

(5) قوله: (أخذ) زيادة (ف2).

وقال ابن القاسم: له فيهما الشفعة ما لم تيبس الثمرة، أو الزرع، قال: ويغرم له قيمة العلاج.

قال ابن المواز: ولو ابتاع النخل والثمرة غير مأبورة فجذها وهي غير مأبورة قبل أن ينفق عليها شيئاً، فإنه يحسب عليه ذلك بحصته من الثمن على غرره، فيما يرجع به على البائع في الحصة المستحقة، ويحسب ذلك عليه الشفيع في حصة الشفعة، ولو جذها بعد الإبار وبلغت الإبار[1] بعلاجه[2]، فهي له كالغلة، ولا[3] يحاسب بها، لأنه اشتراها غير مأبورة[4] فهي كلا شيء، وقد سقى، وعالج فصارت له كالغلة[5].

ومن المختلطة، قال ابن القاسم: إذا ابتاع النخل والثمرة مأبورة، أو مزهية واشترطها[6] ثم استحق رجل نصفها، واستشفع فله نصف النخل، ونصف الثمرة[7] باستحقاقه- يريد في هذا- وإن جذت وعليه للمبتاع في ذلك قيمة ما سقى وعالج، ويرجع المبتاع بنصف الثمن على بائعه[8].

وإن[9] شاء المستحق الشفعة في النصف الباقي فذلك له، ويكون له أخذ الثمرة هاهنا بالشفعة مع الأصل ما لم تجذ، أو تيبس ويغرم قيمة العلاج أيضاً.

وإن قام بعد اليبس، أو الجذاذ فلا شفعة له في الثمرة كما[10] لو بيعت حينئذ، ويأخذ الأصل بالشفعة بحصته من الثمن، بقيمته من قيمة الثمرة[11]- يريد على

---

(1) قوله: (ويلفت الإبار) زيادة من (ف2).

(2) في (ف2): (لعلاجه).

(3) قوله: (الواو) زيادة من (ف2).

(4) في (ش): (مؤبرة).

(5) انظر: النوادر والزيادات: 142/11، وما بعدها.

(6) في (ف2): (واشترطهما).

(7) في (ف2): (الثمر).

(8) في (ش): (البائع).

(9) في (ن): (فإن).

(10) في (ش): (مما).

(11) في (ف2): (للثمرة).

غررها[1] يوم الصفقة: لأنها يوم الصفقة[2] مأبورة أوجبها الاشتراط، فصارت[3] لها حصة من الثمن-، وأما في التفليس فالبائع أحق بالأصل والثمرة، وإن يبست ما لم تجذ باعها مع الأصل مأبورة أم غير مأبورة، إلا أن يعطوه الغرماء الثمن بخلاف الشفيع[4].

وقال بعض المدنيين: إذا قام الشفيع وقد أبرت الثمرة- يريد وكان الشراء ولم تؤبر [(ش: 102/ب)] أو لا ثمر فيها- فهي للمبتاع دونه، لأنه باع والثمرة المؤبرة في السنة لبائع الأصل، وأبى ذلك مالك[5].

ومن ابتاع نخلاً لا ثمر فيها فاغتلها سنين، فلا شيء عليه للشفيع إن قام من الغلة.

ومن ابتاع ودِياً[6] صغاراً، ثم قام الشفيع بعد أن صارت بواسق، فإنه يأخذها ويدفع إليه قيمة ما سقى وعالج.

قال سحنون: لا شيء عليه، إذ ليس بعين قائمة، كالصغير يكبر ثم يستحق[7].

ولو كانت أرضاً فبناها أو غرسها، فإما أدى الشفيع قيمة ذلك قائماً مع ثمن الأرض، وإلا فلا شفعة له، وليس كالاستحقاق.

قال[8]: ومن ابتاع أرضاً فزرعها، ثم استحقت فإنما له أخذ[9] الأرض فقط، والزرع لزارعه ولا كراء للمستحق إلا أن يقوم في إبان الزراعة، فإن استحق نصف الأرض خاصة، واستشفع فالزرع للزارع كله فيما استحق واستشفع، ولا كراء عليه

---

(1) قوله: (يريد على غررها) ساقط من (ن)، وفي (ف2): (غرر).

(2) قوله: (لأنها يوم الصفقة) ساقط من (ن).

(3) في (ن): (فصار).

(4) انظر: المدونة: 9/449.

(5) انظر: المدونة: 9/445.

(6) عياض: وقوله: (نخلاً ودياً - بكسر الدال المهملة - وهي الصغار التي تنقل وتغرس. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2401.

(7) انظر: النوادر والزيادات: 11/141.

(8) قوله: (قال) ساقط من (ف2).

(9) في (ن): (أجد).

لذلك[1] كله،[2] إن فات إبان الزرع[3] يوم قيام المستحق، وإن لم يفت فله من الكراء بحصة[4] ما استحق ولا كراء له فيما استشفع، لأنه الآن ملكه[5].

ومن ابتاع أرضاً بزرعها الأخضر، ثم قام شفيع بعد طيبه، فإنما له الشفعة في الأرض دون الزرع بما ينوبها من الثمن، بقيمتها من قيمة الزرع على غرره يوم الصفقة، وليس كنخل بيعت وفيها ثمر لم يؤبر، ثم قام شفيع بعد يبس الثمرة، فلا شيء له في الثمرة، ولا ينتقص بذلك من الثمن شيء، ولو كانت يوم البيع مأبورة، وقام بعد يبسها لسقط عنه[6] حصاصها من الثمن، فظهور الزرع من الأرض كإبار[7] الثمر في النخل

---

(1) في (ن): (بذلك).

(2) زاد بعده من (ش): (وله).

(3) في (ن): (الزراع).

(4) في (ن): (حصة).

(5) انظر: المدونة: 9/446.

عياض: وقوله في كراء الأرض المستحقة، (وتفريقه بين فوات زرعها، وإمكانه ثم جاء بقول غيره في بعض النسخ، وليس في روايتنا وهو تفسير لقول ابن القاسم ومعناه، وقوله: لأن الذي استحق قد كان وجب له الكراء، فله الكراء ما لم تفت الزراعة، كذا في كتابي، وكثير من النسخ، وفي بعضها وجب له الكراء فله الكراء قبل الزرع). قال أحمد بن خالد: أنا أصلحته، كذا استدل شيوخنا من هذه المسألة وأشباهها أن من اشترى شقصاً فاكتراه لمدة طويلة، فأقام شفيعه أنه يأخذ شفعته، ويبقى الكراء للمكتري إلى مدته والشفيع بالخيار بالرضا بذلك أو يترك الشفعة كعيب حدث وبه أفتى أبو بكر بن مغيث والشارقي وابن ارفع رأسه وغيره من فقهاء طليطلة، وأفتى ابن عتاب وابن مالك وابن القطان وفقهاء قرطبة أن له فسخ الكراء ويشفع، واستدلوا بمسألة كتاب الاستحقاق أن للمستحق فسخ الكراء؛ لأنه أكرى بوجه شبهة، وقال ابن عتاب - أيضا - إن أكرى وهو يعلم أن له شفيعاً انفسخ الكراء، إلا في المدة اليسيرة، كالشهر، وأما في الطويلة فلا، إلا أن يكون المكتري زرع فحتى يحصد، وإن كان غير عالم بالشفيع فلا يفسخ، إلا في المدة الطويلة، وأما السنة ونحوها فلا، وكأنه التفت - هنا - إلى مسألة كتاب الجعل، (في كراء الوصي أرض يتيمه لمدة يجهل احتلامه) فانظرها. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2397، 2398.

(6) في (ش): (عند).

(7) في (ن): (كإيبار).

في هذا، وفي[1] أن ذلك للبائع إلا أن يشترطه المبتاع، فيصير له في الاشتراط حصة من الثمن، فإذا[2] لم يظهر الزرع، ولم تؤبر الثمرة فذلك للمبتاع بغير شرط، ثم لا يجوز للبائع استثناؤه لنفسه والثمرة ولادة، فللشفيع نصفها بالشفعة إن قام قبل يبسها، والزرع ليس بولادة، فلا يكون للشفيع منه شيء ولا للمستحق، ومن ابتاع أرضاً بزرعها، وقد بدا صلاحه فلا شفعة فيه، وكذلك[3] لو بيع وحده دون الأرض بخلاف الثمرة.

ولو ابتاعها بزرعها الأخضر، فاستحق رجل نصف الأرض خاصة، واستشفع فالبيع في النصف المستحق باطل، ويبطل [(ش: 103/أ)] في نصف الزرع لانفراده بالأرض ويرد البائع نصف الثمن، ويصير له نصف الزرع، وللمستحق نصف الأرض، ثم بُدِّيَ[4] الشفيع بالخيار في النصف الباقي، فإن استشفعه غرم ما قابل الأرض[5] من الثمن[6].

محمد[7]: بقيمتها من قيمة نصف الزرع على غرره يوم الصفقة، وإن لم يستشفع خير المبتاع بين رد ما بقي في يديه من الصفقة، وأخذ جميع الثمن؛ لأنه قد استحق من صفقته ما له بالٌ، وعليه فيه الضرر، وبين أن يتماسك بنصف الأرض، ونصف الزرع، ويرجع بنصف الثمن.

وقال أشهب وسحنون: يبدى[8] المشتري على الشفيع بالتخيير[9].

---

(1) في (ن): (في).

(2) في (ن): (وإذا).

(3) في (ن): (وذلك كما).

(4) قوله: (بدي) ساقط من (ن)، وفي (ش): (ابدء).

(5) في (ف2): (نصف الأرض).

(6) انظر: المدونة: 9/445.

(7) في (ن): (ومن كتاب ابن عبدوس قال محمد).

(8) في (ن): (بيد).

(9) انظر: النوادر والزيادات: 11/128، 129.

ومن كتاب ابن المواز: قال[1]: ويصير[2] الزرع بين البائع والمبتاع، وتصير الأرض بين المبتاع والمستحق، فإن استشفع المستحق بطل البيع أيضاً في بقية الزرع، ويرجع المبتاع على البائع بجميع الثمن، إلا ما قابل نصف الأرض بلا زرع، فقيمة ذلك مع الزرع على غرره، وعلى البائع للمستحق كراء نصف الأرض المستحق، دون ما أخذ بالشفعة إذا استحق في إبان الزرع.

وقال سحنون: ينقض[3] البيع كله؛ لأنه لما ثبت الاستحقاق صار، كمبتاع الأرض من رجل، ومن آخر زرعاً لم يبد صلاحه في صفقة ففسدت كلها.

قال ابن المواز: ولو استحق نصف الأرض ونصف الزرع واستشفع، فإن في الأرض والزرع الشفعة، قاله ابن القاسم وأشهب[4].

إذا كان شراء المشتري بعد أن ظهر الزرع من الأرض، وإن كان قبل ظهوره، فقام الشفيع وقد ظهر.

قال ابن القاسم[5]: نرى فيه الشفعة، كقوله في الثمرة تؤبر.

قال[6] أشهب: لا شفعة فيه كقوله في الشجرة[7] تؤبر[8].

[ومن كتاب ابن عبدوس، قال أشهب: في الزرع مع الأرض الشفعة، كآلة الحائط[9]، ولو انفردت لم يكن فيها شفعة.

---

(1) في (ن): (وقال).

(2) قوله: (الواو) زيادة من (ف2).

(3) في (ن): (ينتقض).

(4) انظر: النوادر والزيادات: 11/129، 130.

(5) قوله: (قال ابن القاسم) يقابله في (ح): (فابن القاسم).

(6) في (ن): (وقال).

(7) في (ف2): (الثمرة).

(8) قوله: (كقوله في الشجرة تؤبر) ساقط من (ن).

(9) قوله: (كآلة الحائط) يقابله في (ن): (كالحائط).

قال سحنون: لا يشبهه[1]، لأن آلة الحائط[2] من مصالحه[3]، وما[4] به يقوم، وليس الزرع مما تقوم به الأرض، ولم أقل في الثمرة مع الأصل الشفعة، لأنها من مصالح النخل، ولكن لأن فيها لو بيعت مفردة[5] الشفعة، وفيها مع الأصل الشفعة إلى وقت لو بيعت، [(ش: 103/ب)] مفردة لم تكن فيها[6] شفعة، وهو أن ييبس][7].

قال ابن القاسم في المدونة: ومن ابتاع أرضاً ذات زرع أخضر دون زرعها، ثم ابتاع الزرع في صفقة أخرى، أو ابتاع الجميع في صفقة، فاستحق رجل جميع الأرض خاصة، بطل البيع في الزرع لانفراده، وإنما أجيز بيعه أخضر مع أرضه في صفقة، أو يبتاعه بعد ابتياعه الأرض فيبقيه فيها، ويحل محل البائع، ثم له بيع الأرض دون الزرع، لأن شراءه الأرض لم ينتقض، وفي الاستحقاق فقد انتقض[8].

قال محمد: ولو ابتاع الزرع أولاً، ثم ابتاع الأرض بطل بيع الزرع، وصح بيع الأرض[9].

قال ابن القاسم: ومن ابتاع داراً فاستحق رجل نصفها، فله أخذ بقيتها بالشفعة، فإن اصطلحا[10] على أن يسلم المبتاع للمستحق بيتاً منها[11] بحصته من الثمن، وذلك

---

(1) في (ن): (يشبه).

(2) قوله: (آلة الحائط) يقابله في (ن): (مسألة الحائط).

(3) في (ش): (مصالحة).

(4) في (ن): (مما).

(5) في (ن): (منفردة).

(6) في (ش): (في).

(7) ما بين معكوفتين متقدم في (ن) بعد قوله: (ويرجع بنصف الثمن)، وانظر المسألة في: النوادر والزيادات: 11/129.

(8) انظر: المدونة: 9/446، 447.

(9) انظر: النوادر والزيادات: 11/128.

(10) في (ن) و(ف2): (اصطلحوا).

(11) قوله: (منها) ساقط من (ش) و(ف2).

بعد قسمة الثمن على ذلك، وعلى بقية الدار بالقيمة، فذلك جائز[1].

يريد: بعد معرفتها بما يقع لها[2].

ومن ابتاع نقض دار قائماً[3] على أن يقلعه، ثم استحق رجل نصف الدار، فللمبتاع رد بقية النقض، ولا شفعة فيه، لأنه بيع على القلع، ولم تبع الأرض.

وأما إن استحق جميع الأرض دون النقض، أو كانت نخل بيعت للقلع، فاستحق رجل الأرض دون النخل، فللمستحق أخذ ذلك منه المبتاع بقيمته مقلوعاً لا بالثمن، ليس بمعنى الشفعة ولكن للضرر، لأن المبتاع في امتناعه[4] من ذلك مضار.

وكذلك من غرس في أرض اكتراها، فانقضت[5] المدة، قال: ومن بنى أو غرس في أرض يظنها له[6].

قال في كتاب الغصب: في أرض موات لا يظنها لأحد، ثم استحقت فعلى المستحق في هذا، قيمة ذلك قائماً للشبهة، فإن[7] أبى دفع إليه الذي عمر قيمة أرضه، فإن أبيا كانا شريكين على القيم بخلاف المكتري، لأنه غرس إلى أمدٍ[8].

ومن ابتاع نخلاً ليقلعها، ثم ابتاع الأرض، فأقرها ثم استحق رجل نصف جميع ذلك، فله أخذ نصف النخل والأرض بالشفعة، بنصف ثمنيهما لا بالقيمة في واحد منهما، وليس للمبتاع حجة في النخل لأنه[9] ابتاعها للقلع، فإن لم يستشفع، خير المبتاع بين التماسك بما بقي أو رده[10].

---

(1) انظر: المدونة: 9/477.

(2) قوله: (يريد بعد معرفتها بما يقع لها) ساقط من (ن) و(ف2).

(3) في (ن): (قائمة).

(4) قوله: (في امتناعه) يقابله في (ن): (فيما ابتاعه).

(5) في (ن): (وانقضت).

(6) انظر: المدونة: 9/462.

(7) في (ن): (وإن).

(8) انظر: المدونة: 9/356.

(9) في (ش) و(ف2): (أنه).

(10) عياض: ومسألة: (من اشترى نخلاً ليقلعها، ثم اشترى بعدها الأرض فأقرها فيها، فاستحق

قال سحنون: إذا لم يجز المستحق البيع فيما استحق[1]، ويأخذ الثمن وشاء التماسك، وشاء الشفعة، فإن كانت النخل مختلفة من أجناس شتى، أو الأرض[2] مختلفة فشراء المشتري ينتقض، لأن القسم قد يوجب له قليلاً من الأرض، وكثيراً من النخل [(ش: 104/أ)] أو قليلاً[3] من النخل، وكثيراً من الأرض، وإن تساوت النخل والأرض فقال: يبدَّى الشفيع بالخيار. وقال سحنون: يبدَّى المشتري بالخيار،

=

نصف الأرض والنخل إلى آخر المسألة، وقوله: فإن أخذ بالشفعة في نصف الأرض والنخل، أخذ بما يقع عليه من الثمن الأول الذي اشتراه به المشتري)، هذا نصه في المختلطة، وأوقفها سحنون وأمر بطرحها وقرأها رواية.

واختلف في تأويل قوله: ما يقع عليها من الثمن الأول الذي اشتراه به المشتري، فحمله بعضهم على أنه يأخذها بنصف ثمن الأرض ونصف ثمن النخل، وكذا في كتاب محمد، وإليه ذهب ابن أبي زمنين، قال ابن أبي زمنين وغيره بثمنهما معا، ولا يحملان على القيمة، وكذا اختصرها أبو محمد ومن بعده من القرويين بثمنهما لا بالقيمة في واحد منهما. وفي كتاب محمد لابن القاسم فيها قولان: أحدهما هذا، وقال أَشْهَب: الشفعة في الأرض دون البناء والنخل، وقال سحنون: (يخير المستحق أولا، فإن أجاز بيع نصيبه وأدى الثمن لم يكن للمشتري كلام، فإن لم يجز وأخذ المستحق ما استحق رجع المبتاع على البائع بنصف الثمن)، وينظر إلى النخل، فإن تفاضل جنسها وقدرها، انفسخ البيع في نصف البائع؛ لأنه لما باع على القلع صار ثمنا مجهولاً لا يعرف ماذا يقع له في القسم؛ لأن الأرض تقسم مع النخل، فيقع في نصيبه كثير من النخل مع قليل من الأرض أو قليل من النخل مع كثير من الأرض للكرم والدناءة، فأما إن كانت الأرض والنخل لا تختلف، حتى تنقسم على الاعتدال، فالبيع جائز، في نصيب البائع، ويبدأ المشتري في قول أَشْهَب، في رد ما بيده أو حبسه، فإن حبسه فللشفيع الشفعة في الأرض والنخل، بنصف الثمن، قال ابن القاسم: (يبدأ الشفيع) ونحو هذا الأصل في مراعاة اختلاف الأرض والنخل واتفاقهما في الجواز والفساد لمحمد بن المَوَّاز. قال القاضي: وهذه الصورة قل ما يتفق أن تكون أرضاً معتدلة في ذاتها ونبات ثمرها واعتدالها في صفتها وقدرها، ومواضعها حتى إذا قسمت الأرض، بالسواء مجردة بنصفين، خرج في كل نصف من الثمار مثل ما خرج للآخر عددا وصفة وجنسا. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2406، وما بعدها.

(1) في (ن): (يستحق).

(2) في (ن): (والأرض).

(3) في (ن): (وقليلاً).

فإن تماسك[1] كانت الشفعة[2] في النخل والأرض[3].

كما قال مالك في الشفعة في النقض: وإن كانت الأرض لغيرهما.

وفي رواية غير يحيى: فيمن اشترى نقض دار على القلع، ثم اشترى الأرض فأقره، ثم استحق رجل[4] نصف جميع الدار، فإنه يأخذ نصف الأرض، بشفعته بنصف ثمن الأرض، ويغرم نصف قيمة البناء من الأرض[5] قائماً، وكذلك لو اشترى الأرض دون النقض، ثم اشترى النقض فطرحها[6] سحنون[7].

قال ابن المواز: رجع ابن القاسم إلى مثل قوله في النخل أنه[8] يأخذ بالشفعة، بنصف جميع ذلك[9].

ومن ابتاع نقض شقص[10] شائع من رجل، أوحصته من نخل على أن يقلع ذلك، والشريك حاضر أو غائب لم يجز، إذ لا يقدر هو ولا البائع على القلع، إلا بعد القسم، وإذ لو شاء البائع قسمة النخل خاصة ليقلعها لم يكن له ذلك إلا مع الأرض.

وإذا كانت دار بين رجلين نصفين، باع أحدهما نصفاً منها بعينه قبل القسم، ثم

---

(1) في (ش) و(ن): (تتماسك).

(2) قوله: (بالخيار. وقال... كانت الشفعة) ساقط من (ش) و(ف2).

(3) انظر: النوادر والزيادات: 11/122.

(4) قوله: (رجل) ساقط من (ن).

(5) قوله: (من الأرض) ساقط من (ش) و(ف2).

(6) في (ن): (طرحها).

(7) انظر: التنبيهات المستنبطة، لعياض، ص: 2377.

عياض: وكذلك لو اشترى الأرض دون النقض، ثم اشترى النقض وطرحها سحنون.

وقال ابن المَوَّاز: رجع ابن القاسم إلى مثل قوله في النخل أنه يأخذ نصف جميع ذلك، ووقعت هذه المسألة آخر الكتاب في بعض الروايات. ولم تكن عند ابن وضاح، ولا في كتاب دراس بن إسماعيل، وحوق عليها في كتاب ابن عتاب. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2377، 2378.

(8) قوله: (أنه) زيادة من (ن).

(9) انظر: النوادر والزيادات: 11/123.

(10) قوله: (شقص) ساقط من (ن).

قدم[1] الشريك، فإن له نصف المبيع، فإما أجاز بيعه، وإلا أخذ منه حصته، وأخذ باقيه بشفعته، ودفع نصف الثمن إلى المشتري.

ويرجع المشتري بنصف الثمن الباقي على بائعه، ثم يقاسم الشفيع شريكه النصف الباقي إن شاء، قيل[2]: أو لا[3] يقسم، فإن وقع النصف المبيع في حصة بائعه مضى عليه؟ قال: لا[4].

ومن ابتاع أرضاً بعبد، فاستحق نصف الأرض قبل تغير العبد، فله رد بقية الأرض وأخذ عبده، إلا أن يشاء المستحق أخذ بقيتها بالشفعة، فذلك له بنصف قيمة العبد، وعهدته على المبتاع.

سحنون: لا شفعة له حتى يختار المبتاع التماسك بما بقي.

قال ابن القاسم: ومن ابتاع داراً فهدمها وباع النقض، ثم استحق رجل نصفها، فإنه إن[5] لم يجز البيع في نصيبه من الدار أخذ نصفها، ونصف ثمن النقض، ثم إن شاء أخذ بقيتها بشفعته، فإن أخذه[6] قسم ثمن نصف الدار على قيمة نصف الأرض[7]، وقيمة نصف النقض يوم الصفقة، ثم أخذ نصف الأرض بما ينوبها، وأما ما قابل ذلك من النقض، فلا شفعة فيه لفواته وثمنه للمبتاع[8]، وذلك إذا

---

(1) في (ش): (قام).

(2) في النسخ: (قبل)، ولعل الصواب ما أثبتناه، ونصه في التهذيب: 4/172: ويرجع المشتري بنصف الثمن الباقي إن شاء على البائع، ثم يقاسم الشفيع شريكه النصف الباقي إن شاء، قيل: فلم لا يقاسم هذا الذي لم يبع شريكه الذي باع، فإن وقع النصف المبيع في حصة بائعه مضى عليه؟ قال: لا.

(3) في (ن) و(ف2): (و).

(4) انظر: المدونة: 9/500.

(5) قوله: (إن) ساقط من (ن).

(6) في (ش) و(ن): (أخذ).

(7) قوله: (الآن) زيادة من (ف2).

(8) عياض: ومسألة: (من اشترى داراً فهدمها، فباع نقضها ثم قدم رجل فاستحق نصف الدار، في لفظ الجواب فيها تلفيف وتطويل وإشكال، أبانه واختصره آخر الكلام في قوله: قلت: فالمشتري إذا باع مما نقض شيئاً، أخذ المستحق نصف ذلك باستحقاقه نصف الدار ونصفه بالشفعة. قال: نعم إذا

فات عين النقض[1].

[(ش: 104/ب)] قال محمد: وإن باع النقض وقبض ثمنه، فللمستحق أخذ نصف الدار بالشفعة بجميع ثمن النصف، إلا أنه يحسب على المشتري، للشفيع في الثمن الأقل مما وصل إليه من نصف ثمن النقض، أو من قيمته ملغًى من الثمن أجمع بعد فض الثمن على الأرض، والنقض ملغى يوم الصفقة، وإن لم يصل إليه فيه ثمن، أو وهبه لم ينقض من ثمن الشقص[2] شيئاً، إلا ما وصل من ذلك إليه، وذلك إذا كان الهادم معدماً، ممن لا يرجع عليه بشيء.

قال ابن القاسم: ولو وجد النقض لم[3] يبع، فله أخذ نصفه مع نصف العرصة بالاستحقاق، وباقيها بالشفعة، ولا يضمن المبتاع في الوجهين لهدمه شيئاً، ولا كراء عليه في الوجهين.

ولو هدمها أجنبي تعدياً، وأتلف[4] النقض، فلم يقم عليه حتى قام المستحق، واستشفع فله الشفعة فيما بقي بحصته، بالتقويم بمنزلة ما ذكرنا في النقض يباع، ثم يتبع المشتري الهادم بنصف قيمة ما هدم، ويتبعه المستحق بمثل ذلك.

= كان ما باع من النقض حاضراً، فإن فات النقض فليس له أن يرجع عليه بما يصيبه من الثمن، وإنما له أن يأخذ البقعة بما يقع عليها من الثمن). قال سحنون: الحاضر والغائب في النقض سواء، وقع كلامه في بعض النسخ، وليس في روايتي ولا في أكثرها. قال أبو عِمرَان: هو لفظ مشكل - أيضاً - والأولى أن يحمل على الوفاق على ما فسر.

وقال ابن القاسم في كتاب ابن عبدوس: إذا كان النقض حاضراً لم يفت، فللشفيع أن يأخذ ثمن النقض الذي باعه المشتري مع القاعة ويعطيه الثمن، ونحوه لأَشْهَب. قال: يحاص الشفيع المشتري بثمن ما باع من النقض، وأنكر ذلك سحنون. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2387، 2388.

(1) انظر: المدونة: 426/9.

(2) في (ن): (النقض).

(3) في (ن): (فلم).

(4) في (ن): (ولو تلف).

وقال ابن المواز: وله[1] قول آخر: أنه[2] بخلاف ما باع، وبمنزلة[3] ما هلك، بأمر من الله لا يحط لذلك عن الشفيع شيء من الثمن، وبه أخذ[4] سحنون.

محمد: وذلك إذا كان الهادم معدماً ممن لا يرجع عليه بشيء.

قال ابن القاسم: ولو كان قد ترك المبتاع للهادم قيمة الهدم، فللمستحق طلب الهادم، بنصف قيمة ذلك من النصف[5] المستحق، وإن كان عديماً اتبعه دون المبتاع، وكذلك إن ابتاع عبداً، فوهبه لرجل ثم استحق فأبى المستحق إجازة ذلك البيع، واتباع البائع بالثمن، فإنما له اتباع العبد حيث وجده، ولا شيء له[6] على الواهب[7].

ولو ابتاع داراً فوهبها لرجل[8] فهدمها الموهوب له[9]، ثم استحق رجل نصفها، فله أخذ حصته من العرصة، ومن النقض ولا ضمان على الهادم، ولو أنه باع النقض لم يكن عليه للمستحق غير نصف الثمن، فإن أخذ باقيها بالشفعة، فثمن نصف العرصة للواهب، بخلاف من وهب شقصاً على أن له شفيعاً، هذا ثمنه للموهوب.

ولو وهبه أمة فاستحقت بحرية، أو أنها مسروقة فما رجع له من ثمنها، فللواهب أو لورثته[10].

ومن ابتاع داراً فهدمها وبناها، ثم استحق رجل نصفها واستشفع[11]، فإن دفع

---

(1) في (ن): (له).

(2) قوله: (أنه) ساقط من (ن).

(3) في (ش): (أو بمنزلة).

(4) في (ن): (يأخذ).

(5) قوله: (النصف) ساقط من (ن).

(6) قوله: (له) زيادة من (ن) و(ف2).

(7) انظر: المدونة: 9/ 463.

(8) قوله: (لرجل) ساقط من (ش).

(9) قوله: (له) ساقط من (ش).

(10) في (ش): (الورثة).

(11) عياض: وقوله: (إذا اشتريت داراً فهدمتها ثم بنيتها فاستحق نصفها رجل. قال: لا شيء على المشتري فيما هدم مما أراد أن يبنيه وأراد أن يتوسع به)، تأمل قوله هذا وقوله مثله آخر الكتاب، فدليله أنه إنما يهدر عنه ما هدمه لمنفعة ووجه لا ما هدمه عبثاً ولغير منفعة، فيجب أن يكون في ذلك =

إليه في حصة الشفعة قيمة نصف ما عمّر قائماً، وإلا فلا شفعة له، ويقال له في النصف الذي استحق: ادفع إليه قيمة[1] نصف جميع ما عمّر قائماً، فإن أبى قيل للآخر: ادفع إليه نصف قيمة[2] الأرض إن كان قد هدم [(ش: 105/أ)] جميع بنائها،- يعني وتوى النقض الأول بغير انتفاعه-، فإن أبى كانا شريكين بقيمة ما لكل واحد منها[3].

وقد نقلت مسائل يسيرة[4] من كتاب الشفعة إلى البيوع وإلى الاستحقاق، وإلى الحوالة، والأحباس والأقضية والشهادات.

تم كتاب الشفعة بحمد الله وعونه



=

ضامناً؛ لأن الخطأ والعمد في أموال الناس سواء، وهذا لم يعمل شيئاً لمنفعة والأول فعله لمنفعة ووضع يده عليه بشبهة فعذر. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2408.

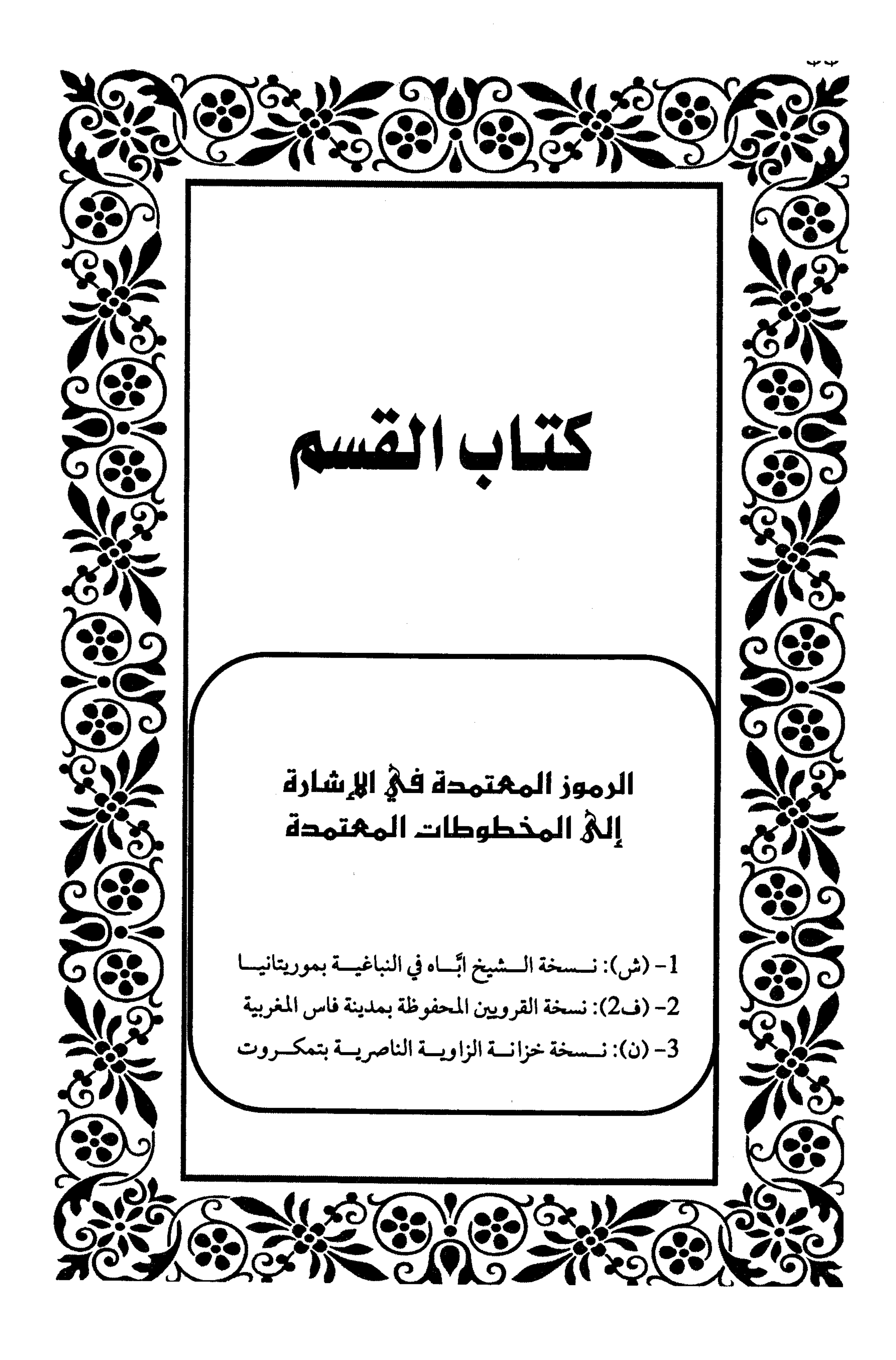
(1) قوله: (قيمة) ساقط من (ش) و(ف2).

(2) قوله: (نصف قيمة) يقابله في (ن): (قيمة نصف).

(3) في (ف2): (منهما)، وانظر المسألة في: المدونة: 9/477.

(4) في (ش): (كثيرة).





كتاب القسم

الرموز المعتمدة في الإشارة إلى المخطوطات المعتمدة

1- (ش): نسخة الشيخ ابَّاه في النباغية بموريتانيا

2- (ف2): نسخة القرويين المحفوظة بمدينة فاس المغربية

3- (ن): نسخة خزانة الزاوية الناصرية بتمكروت



كتاب القسم من المختلطة

في[1] جامع القضاء في القسم[2] بالسهم، أو التراضي[3] وقسمة الشيء الغائب، والقسم على خيار جامع القضاء بالمرفق، والقضاء في نفي الضرر،

(1) قوله: (من المختلطة في) زيادة من (ش).

(2) عياض: وهي تمييز حق على الصحيح من مذهبنا، وأقوال أئمتنا وإن كان أطلق عليها مالك أنها بيع واضطرب فيها رأي ابن القاسم وسحنون على ما في مسائلنا من الأصلين، ولا خلاف في لزومها إذا وقعت على الوجه الصحيح، وهي على أربعة أضرب: قسمة حكم وإجبار، وهي قسمة السهم والقرعة، فلا تجوز إلا بالتعديل والتقويم والتسوية، وفي الجنس الواحد، وفي غير المكيل والموزون، ولا تجوز بتعديل السهام، بزيادة دراهم أو دنانير أو غير ذلك من غير جنس المقسوم من أحد الجهتين والمتقاسمين، وقسمة مراضاة وتقويم فيما اختلفت أجناسه أو دراهم وغير ذلك أو اتفقت، وهي جائزة بغير قرعة، ولم يجزها ابن القاسم وغيره بالقرعة؛ إذ القرعة تنافي التراضي، فلا تجوز عند ابن القاسم بالقرعة مع اختلاف أجناسها. وأجاز أَشْهَب القرعة فيها، وقد تأول على ابن القاسم إجازتها من مسألة الشجرة والزيتونة، وسيأتي الكلام عليها إن شاء الله تعالى، وقسمة مراضاة على غير تعديل، وحكم هذه حكم البيوع في كل وجه، ولا يرجع فيها بغبن على القول بأنه لا يرجع به في البيوع ويرجع بالغبن في الوجهين الأولين ويعفى عن اليسير في ذلك، في قسمة التراضي، واختلف في اليسير في قسمة القرعة، كالدينار والدينارين من العدد الكثير، فذهب أبو محمد بن أبي زيد، وبعضهم إلى أنه معفو عنه، وأبى ذلك آخرون، وقالوا: تنتقض القسمة؛ لأنه خطأ في الحكم، يجب فسخه، ولا يفرق فيه بين القليل والكثير، وهو عندهم ظاهر المدونة، وهو قول أَشْهَب وابن حبيب، ومثله في المبسوط، وقيل: قسم القاسم كحكم القاضي لا يرد منه إلا الخطأ البين، وقسمة مهايأة: وهي قسمة المنافع بالمراضاة - أيضاً - لا... بالإجبار والقرعة، ويقال: بالنون؛ لأن كل واحد هنأ صاحبه ما أراده. ويقال: مهايأة، بالياء باثنتين تحتها؛ لأن كل واحد منهم هنأ للآخر ما طلب منه، وهذا الضرب منها على ضربين: مقاسمة الزمان، ومقاسمة الأعيان، وهي جائزة على الجملة، لكنها تختلف فروعها في مهايأة الغلة أو الخدمة أو السكنى، وفي العبد الواحد أو أكثر، وفي الدار الواحدة أو أكثر أو العبد والدار والأرض وغير ذلك على ما فسر في أصولنا وكتب شيوخنا. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2427، ومابعدها.

(3) في (ن): (بالتراضي).

وذكر الإبل العوادي[1]، والقضاء في البنيان وما للمرء أن يحدثه، وما ليس له والضمان في التعدي[2]

قال الله سبحانه: ﴿مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا﴾ [سورة النساء آية: 7]، وقال تعالى: ﴿فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ﴾ [سورة الصافات آية: 141]، وقال تعالى: ﴿إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ﴾ [سورة آل عمران آية: 44].

وقسم الرسول عليه [الصلاة و] السلام بالسهم إذ عتق ثلث الرقيق الستة بالسهم الذين أعتقهم رجل عند موته، ثم مات، ولا مال له غيرهم[3].

وقال عليه السلام: «**لا تعضية في القسم**»، والتعضية[4] التفرقة[5].

قال ابن القاسم: فإذا دعا أحد الأشراك إلى قسم ما ينقسم من ربع، أو حيوان أو رقيق، أو عروض[6] أو غيرها[7]، وشركتهم بمورث أو شراء، أو غيره؛ جبر على القسم من أباه، فإن لم ينقسم ذلك، فمن دعا إلى البيع؛ جبر عليه من أباه، ثم للآبي أخذ الجميع بما يعطى به[8]، وكذلك الثوب يتقاوياه، أو يبيعاه، فلمن أبى البيع أخذه بما بلغ،

---

(1) الإبل العوادي: التي تعدو على زروع الناس. انظر: شرح غريب ألفاظ المدونة، للجُبِّي، ص: 71.

(2) قوله: (جامع القضاء... في التعدي) زيادة من (ن).

(3) تقدم تخريجه.

(4) في (ن): (أو التعضية).

(5) في الحديث: لا تعضية في ميراث إلا فيما حمل القسم. معناه أن يموت الميت ويدع شيئا إن قسم بين ورثته كان في ذلك ضرر على بعضهم أو على جميعهم يقول فلا يقسم وعضيت الشيء تعضية إذا فرقته والتعضية التفريق وهو مأخوذ من الأعضاء، انظر: لسان العرب، لابن منظور: 15/68.

(6) في (ش): (عرض).

(7) في (ش): (غيرهما).

(8) عياض: وقوله: (إذا دعا أحد الأشراك إلى البيع، وقال صاحبه: لا أبيع، أجبر الآبي، فإذا قامت على ثمن، قيل للذي لا يريد البيع: خذ إن شئت أو بع مع صاحبك).

فتأمل أن التخيير إنما هو للآبي المجبر على البيع، ويحسب هذا إن أراد الذي طلب البيع ضمها إلى نفسه، يجب ألا يُمَكن من ذلك إذا استبان أنه إنما يريد أن يخرجه من ملكه، وأنه لا حاجة له في البيع، وقد ذهب إلى هذا أحمد بن نصر الداودي، وقال: من دعا إلى البيع، فليس له الأخذ بعد ذلك، ولا يجبر القاضي بقية الأشراك على إجمال البيع مع من دعا إليه وليس لمن دعا إليه، قال: وليس يقول

أحد ممن يقول ببيع ما لا ينقسم أن الأخذ في البيع لمن دعا إليه، وإنما الأخذ لمن دعي إلى البيع ليس لمن دعا إليه، وقال: قد توصل الناس بهذا إلى إخراج الناس من أملاكهم بغير رضاهم وأحدثوا في ذلك واحتالوا به، والله يقول: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [سورة النساء آية: 29]، وإنما تقسم بين أهلها، فيعطى كل واحد ما يصير له مما قل منه أو كثر نصيباً مفروضا. قال: وهو قول مالك بن أنس، وأكثر مخالفينا يقول مثله، وأنه ليس له أن يدعو شركاءه إلى البيع وإنما له بيع حصته ممن شاء، وهو الذي قاله الداودي من منع الإجبار على البيع جملة، وأنه قول مالك يريد على أصله في قسمة كل شيء، وإن انقسم على ما لا ينتفع به جميعهم أو على ما لا ينتفع به أحدهم وأقلهم نصيباً أو على ما لا ينتفع به إلا أحدهم على اختلاف أصحاب مالكفي ذلك، وبقول مالك في قسمته على كل حال. قال ابن كنانة وابن القاسم مرة، ثم قال ابن القاسم وكبراء أصحاب مالك: إنه لا يقسم إلا ما ينتفعون به، ثم اختلفوا في مراعاة الانتفاع بما هو مسطور في الأمهات، وكان شيخنا القاضي أبو الوليد بن رشد يذهب إلى مثل هذا في رباع الغلات وما لا يحتاج إلى السكنى والانفراد وإن من أراد في مثل هذا بيع نصيبه أو مقاواته لم يجبر شريكه، بخلاف ما يراد للسكنى والانفراد بالمنافع والتصرف فيه؛ لأن رباع الغلة إنما المراد منها الغلة، وقل ما يُحِط ثمن بعضها إذا بيع عن بيع جملتها، بل ربما كان الراغب في شراء بعضها أكثر من الراغب في شراء جميعها، بخلاف دور السكنى وما يريد أحد الأشراك الاختصاص به لمنفعة ما، وذهب اللخميّ إلى أن الاختلاف في القسم في هذا كله فيما ورث أو اشتري للقنية، فأما ما اشتري للتجارة فلا يقسم، فكذلك يجب ألا يجبر من أبى البيع على البيع؛ لأن على الاشتراك دخلا فيه حتى يباع جملة، وكذلك يجب أن يكون هذا كله - أيضاً - فيما ورث أو اشتراه الأشراك جملة وفي صفقة، فأما لو اشترى كل واحد منهم جزءاً مفرداً وبعضهم بعد بعض لم يجبر أحد منهم على إجمال البيع مع صاحبه إذا دعا إليه؛ لأنه كما اشترى مفرداً، كذلك يبيع مفرداً، ولا حجة له - هنا - في بخس الثمن في بيع نصيبه مفرداً؛ لأن كذلك اشترى، فلا يطلب الربح فيما اشترى بإخراج شريكه من ماله. وقد اختلف في مراعاة نقض الثمن في منع القسمة، فكذلك يجب أن يراعى، ولا يراعى في بيع النصيب المشترى في الجملة أو الموروث وإلى أنه لا يراعى نقص الثمن ذهب ابن لبابة وابن عتاب وراعاه آخرون، فأما متى لم يجد من يشتريه منه جملة على القول بأنه لا يقسم ما فيه مضرة (فمن دعا إلى البيع أجبر الآخرون على مشهور المذهب على البيع معه) وعلى مذهَبِ الداودي لا يجبرون، وقوله مبني على القول الآخر في وجوب القسمة كما قدمناه بكل حال، وقد ذهب إلى نحو ما ذهب إليه الداودي ابن لبابة، وأكثر فقهاء قرطبة في أحكام ابن زياد من أنه لا يباع بدعوى من طلب البيع على الآخرين.

ما احتمل القسم متى توجهت فيه منفعة ولا يراعى ضرر القسمة في ذلك، فإذا بيع بدعوى أحدهم إلى ذلك لم يكن له شراؤه على ظاهر مسائلهم إذا كان عليه البيع لما قدمناه، وإن كان إنما مذهبه حين امتنعت المقاسمة فيه الانفراد بالسكنى أو بنائه لو هابه ودعا إلى المقاواة أو البيع لذلك، فمن أراد

إلا أن يشاء صاحبه بيع حصته مشاعة؛ فلا أخذ للآخر إلا بمشيئته إلا أن يقوم بعد البيع بالشفعة، فيما فيه شفعة[1].

وكل ما قسم من ربع أو غيره، فعلى قيمة عدل، ثم يضرب بالسهم فمن خرج سهمه لزمه.

ولا يقسم على قياس الذرع[2] بالسهم من أرض، أو دار بين شريكين، إلا أن يتساوى الأرض أو يتساوى[3] قيمة البناء.

ولا يجوز أن يجعل أحد النصيبين [(ش: 105/ب)] أفضل، أو معه[4] زيادة عين أو غيره، ثم يستهمان.

ولا بأس أن يقتسما البناء بالقيمة، والساحة بالذرع[5]؛ إذا تساوت الساحة في القيمة والذرع، وليس لأحدهم أن يقول: اجعلوا نصيبي يلي داري؛ لأفتحه إليها، وله ما أخرج السهم[6].

وإن[7] لم يرض أحدهم بما أخرج السهم له أو لغيره، ....

منهم ضمه بمقاواة أو بالشراء، فذلك له لما امتنع جميعهم من الانتفاع به على الوجوه التي أرادوه، وكذلك لو كان ميراثاً ولم يحتمل القسم، فباعوه ليقسموا ثمنه أو باعه عليهم السلطان، وإن كان بعضهم يكره البيع لكون نصيبه أكثر، فإنه يجعل له ما ينتفع به لو قسم أو لأنه يتركه للغلة، فيقتسمون كراءه ولم ير السلطان قسمته؛ لضيقه عن انتفاع جميعهم بأنصبائهم لو قسم أو تغيره عن حاله مما يدخل عليهم في ذلك ضرر، فباعه عليهم لكان لمن شاء منهم من طالب بيع أو غيره منهم شراؤه وضمه لنفسه أو مقاواة من كره البيع من أشراكه، وقاله ابن القاسم وبه أفتى الشيوخ، وعمل القضاة، وما قاله شيخنا في رباع الغلة له وجه من النظر، وما قاله اللخميّ فيما اشتري للتجارة أيضاً صحيح. اهـ. انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2501، ومابعدها.

(1) انظر: المدونة: 10/53.

(2) في (ن): (الذراع).

(3) قوله: (الأرض أو يتساوى) ساقط من (ن).

(4) قوله: (أو معه) يقابله في (ف2): (ومعه).

(5) في (ن): (الذراع).

(6) انظر: المدونة: 10/90.

(7) في (ن): (فإن).

أو قال: لم[1] أظن أن[2] هذا يخرج لي؛ فقد لزمه، وقسم القاسم ماض كان في ربع، أو حيوان أو غيره.

وكذلك إن قالوا له: غلطت، أو لم[3] تعدل أتم[4] قسمه، ونظر الإمام، فإن عدل أمضاه وإلا رده، ولم أجز لأجنبي، أن يشتري من أحدهم ما يخرج له السهم من هذه الثياب، إذ لا شركة له فيها، وإنما جاز ما أخرج السهم في تمييز حظ الشريك خاصة.

وإذا ورثا دارين يعلم أحدهما مورثه[5] منهما، والآخر يجهل مورثه[6] فرضيا أن يأخذ أحدهما بمورثه[7] منهما نصف هذه وثلث هذه وسلم للآخر باقيهما[8]؛ لم يجز، كما لا يجوز له بيع نصيب له يجهله، وتمام هذا في البيوع الأول.

وتقسم الغنم بالقيمة، وإن تفاضل العدد، إلا أن يتراضوا على أمر يجوز[9].

والرجلان لهما النقض دون القاعة، يجوز أن يقتسما النقض بالقيمة والسهم، ويجبر من أباه منهما لمن أراده، وإن شاء الهدم ورب العرصة غائب رفعا إلى الإمام، فإن رأى شراء ذلك للغائب بقيمة النقض منقوضاً؛ فعل وإلا تركهم[10].

قيل: فمن أين يدفع عن الغائب؟ قال: هو أعلم بذلك.

وإن نقضا البناء[11] دون الإمام، فلا شيء عليهما ويقتسمان[12] النقض، وفي

---

(1) في (ن): (ما).

(2) قوله: (أن) زيادة من (ن).

(3) في (ن): (ولم).

(4) في (ش): (تم).

(5) في (ش): (موروثه).

(6) في (ش): (موروثه).

(7) في (ش): (بموروثه).

(8) في (ف2): (باقيها).

(9) انظر: المدونة: 10/73.

(10) في (ن): (تركها).

(11) قوله: (البناء) ساقط من (ش).

(12) في (ف2): (ويقتسما).

كتاب[1] العارية ذكر أمد ما يقرَّ النقض في العرصة المعارة.

ولا بأس بالتفاضل[2] في قسمة التراضي، أو يزيد أحدهما الآخر عرضاً أو حيواناً بعينه نقداً أو موصوفاً إلى أجل معلوم، أو عيناً نقداً، أو مؤجلاً، أو على هبة، أو صدقة معلومة كذلك، ولا يجوز على دين مسمى إلا أن يضربا له أجلاً.

وإن تراضيا أن يأخذ أحدهما علو الدار والآخر سفلها أو طائفة معلومة لهذا، وللآخر طائفة لزمهما ذلك، ولا رجوع لأحدهما، وإن لم تنصب الحدود[3].

وكذلك ثلاثة تراضوا على أن يأخذ أحدهم بيتاً بعينه منها[4]، ويبقى باقيها للاثنين بلا سهم [(ش: 106/أ)] فجائز، وإنما لا يجمع سهم رجلين في قسم السهم، ولا بأس أن تقاسمه فتأخذ أنت طائفة، وهو أخرى على أن لك رقبة الطريق، وله فيها الممر[5].

ولا يقسم بالسهم أصناف مختلفة، ووجه قسمة الربع بالسهم؛ إن اختلفت

---

(1) قوله: (كتاب) زيادة من (ش).

(2) قوله: (بالتفاضل) ساقط من (ن).

(3) عياض: وقوله: (في مسألة قسمة العلو والسفل): ذهب بعضهم أن ذلك إنما يجوز بالمراضاة لا بالقرعة على ما جاء مفسراً لعبد الملك وما في كتاب ابن شَعبَان، والعلة أنه كقسم شيئين؛ إذ لا ساحة للعلو، وإنما هو... مرتفق للسفل، والأكثر يجيزونه على الوجهين، بالسهم والمراضاة وترجح في ذلك أبو عِمرَان. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2429، 2430.

(4) قوله: (منها) ساقط من (ش).

(5) انظر: المدونة: 7/10 و8.

عياض: وقوله: (لو أن داراً بيني وبين رجل قاسمته الدار، فأخذ طائفة وأخذت طائفة على أن الطريق لي، إلا أن له في الطريق الممر)؛ ذلك جائز، تأولها سحنون أنها على المراضاة لا بالقرعة؛ إذ يجب قبل القسمة إخراج الطريق، وتأولها أبو عمر بن المكوي أنها جائزة على الوجهين؛ وذلك أنه قد لا يحتاج إلى إخراج طريق في قسمة كل دار؛ لإحاطة الطريق ببعضها، فحيث يخرج نصيبه يخرج بابه؛ لما يليه من المحجة، وقد يضطر إلى خروجهم من النصيبين معاً على باب الدار نفسها، ولا ينقسم الباب، فتقوم رقبته في أحد النصيبين على أن الممر فيه للآخر. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2430.

الأنصباء، لواحد خمس، وللآخر[1] سدس، وآخر ربع أن[2] يقسم على أقلهم سهماً.

وكذلك من ترك زوجة، وأمّاً وأختاً إلا أن من خرج له[3] سهمه؛ جمع له باقي تمام حظه ولا يفرق.

وإذا تشاحوا على أي الطرفين يضرب أسهم بأيها يبدأ، فما[4] خرج عرفه، ثم أسهم للقسم، فمن خرج سهمه أعطاه من ذلك الطرف وضم له فيه[5] سهامه مجتمعة، وإن كثرت تضرب[6] الفريضة في الانكسار.

ولو ترك زوجة وابناً أو عصبةً لم يسهم للزوجة إلا على أحد الطرفين، لا في الوسط، فأي الطرفين خرج لها أخذته، وكان الباقي للولد أو للعصبة[7]، وكذلك إن كان العصبة، أو الولد عدداً[8]، ولا يجمع حظ رجلين في القسم، وإن أراد[9] ذلك الباقون، إلا في مثل هذا[10].

---

(1) في (ن): (وآخر)، وفي (ف2): (ولآخر).

(2) في (ف2): (وأن).

(3) قوله: (له) ساقط من (ش).

(4) في (ن): (وما).

(5) في (ن): (فيها).

(6) في (ش): (بضرب)، وفي (ف2): (لضرب).

(7) في (ف2): (العصبة).

(8) في (ف2): (عدد).

(9) في (ن): (زاد).

(10) عياض: مسألة صفة القسمة، اختلف في تأويل قول مالك في أربعة فصول:

أولها: (ألا يجمع نصيب اثنين في القسم وإن أرادا)، وفي اللفظ الآخر أول الكتاب: (لا يجمع بين رجلين في القسم). وقول ابن القاسم في مسألة العصبة (إذا أرادوا أن يجمعوا نصيبهم)، وتسويغ مالك ذلك لهم، وذلك عندي في أهل الميراث كلهم غير هؤلاء سواء كانت العصبة جماعة أو واحداً، قالوا: وتأويل ابن القاسم هذا على مالك خلاف قول مالك وغير مراده، ولم يرد مالك أنه لا تجمع الأنصباء في واحد في جميع الأقسام بالقرعة، وإنما هذا فيما هم فيه شرع سواء مستوي السهام، فإذا اختلفت أنصباؤهم فكان لقوم سهم الثلث، ولآخرين سهم السدس، ولآخرين سهم النصف،

فإنه يجمع كل سهم في القرعة عليه وإن كرهوا ذلك كله، كذا فسره عن مالك في العتبية في سماع ابن نافع وأَشْهَب، وفي كتاب ابن حبيب عن عبد الملك ومُطرِّف وأصبغ مثله، وقالوا هو قول مالك وجميع أصحابنا، فإذا خرج نصيبهم قسم لهم على عدد رؤوسهم إن أحبوا ذلك ودعوا إليه، وقوله في المدونة في (الولد كقوله في العصبة؛ حيث قال: ويُضرب لهم في الناحية الثانية، فما خرج للمرأة أخذته وضم ما بقي بعضه إلى بعض فيقسم بين الورثة)؛ فهذا يدل أنه إنما ضرب لهم سهم واحد لحاجته بعد إلى القسمة عليهم، كما قال في(العصبة)، فهذا أحد الوجوه التي اختلف فيها تأويل ابن القاسم وغيره على قول مالك، فابن القاسم تأول أنه لا يجمع جملة سهم اثنين اتفقا أو اختلفا رضيا أو كرها جمعهم سهم أو فرقهم، إلا العصبة إذا رضوا بذلك، وغيره يرى جمع أهل كل سهم في سهم واحد، ويضرب لهم به شاؤوا ذلك أو كرهوه، ثم هم بعد في الخيار بين أن يبقوا شركاء في سهم أو يستأنفوا القسمة فيما بينهم،

الفصل الثاني في تفسير صورة القسمة، وقوله في الكتاب: (إذا تشاحوا ضرب القاسم بأي الطرفين يبدأ فعلى أي الطرفين خرج السهم ضرب عليه أولاً، فمن خرج سهمه عليه أخذه وضم إليه بقية حقه، فإن تشاحوا - أيضاً - ضرب على أي الطرفين يبدأ به، فكذلك أبداً حتى إذا لم يبق إلا اثنان ضرب على أي الطرفين شاء، ولم يلتفت إلى تشاححهما؛ لأن الضرب على أي الطرفين لأحدهما ضرب للآخر)، كذا في روايتنا في الكتاب إلا ما اختصرنا من لفظها، وفي رواية ابن وضاح على ما ذكره ابن أبي زمنين أنه إذا ضرب على أي الطرفين يبدأ بالقسم، فمن خرج سهمه في ذلك الطرف أعطيه وأكمل له لا تبال من كانت زوجة أو أماً أو ابنة، ثم يقسم على ما بقي على أقل من بقي سهما، ويستأنف القسمة والقرعة على أي الطرفين يبدأ هكذا، قال ابن... أبي زمنين، وأنكر سحنون هذا، وكان يرى القسم على أقل الأنصباء حتى... تنفذ السهام، وكذلك روي عن ابن القاسم وغيره في غير المدونة.

الفصل الثالث: قوله: (لم يسهم للزوجة على أحد الطرفين). قال ابن لبابة: مذهبه في الزوجة وغيرها أنه يبدأ بالضرب لصاحب النصيب القليل على صاحب النصيب الكثير، ويجعل في طرف، وكذلك ذكر فضل عن عبد الملك بن الماجشون، وذكر عن المغيرة خلافه وأنه يسهم للزوجة حيث خرج سهمها، ومثله قال ابن حبيب، وحكى ابن عبد الحكم القولين جميعاً، ورجح أن يكون لها حيث... خرج سهمها، قال أبو محمد: إنما هذا إذا كانا نصيبين؛ يريد أن مالكاً إنما قال ذلك؛ للضرورة، والقسمة تقتضي أن تكون في طرف ولا بد ومثلها بما شابهها مما تكون بين اثنين أو لسهمين، ووافق ابن عبد الحكم على هذا التأويل في معنى التشاحح على أحد الطرفين في صورة القسمة ابن حبيب وغيره، لكن ابن حبيب... خالفه في صورة إبقاء السهام، فقال: إنما يأخذ سهمين فيلقيهما على الطرفين من هنا واحد، ومن هنا واحد، ثم أعاد لمن بقي، وتشاحا هكذاحتى يتم القسم، قال فضل: هذا يرجع إلى ما قال ابن القاسم، لكنه أخصر وأقل إلفاء، وقد طرح سحنون كلام ابن القاسم في المسألة كلها، وتفسيره لخلافه عنده أصل مالك، وذلك من قول مالك، ثم من

وإذا[1] تداعوا إلى قسم البناء و[2] الساحة معاً، فكان يصير لكل واحد من

=

قوله: (ثم يضرب - أيضاً - بالسهام لمن بقي منهم - إلى قوله - وهذا تفسير مني عن مالك). قال ابن وضاح: أمر سحنون بطرحها، وقال التي فوقها خير منها، وضرب عليها في كتاب ابن وضاح وكتاب ابن باز والدباغ. قال ابن أبي زمنين: اختلف أصحاب مالك في صفة القسمة واختصرتها على رواية ابن وضاح، وكان سحنون ينكر هذه الرواية، ويرىأن يقسم على أقلهم سهماً حتى تنفذ السهام، وروي عن ابن القاسم وغيره، وهذا أصل قول مالك.

الفصل الرابع: في معنى التشاح المذكور من حيث يبدأ القاسم، فظاهر كلامهم وقول ابن القاسم وغيره ما تقدم من الضرب على أي... طرف يبدأ به، وأما ابن لبابة فخالف في تأويل معنى قوله: (فإن تشاحوا على أي الطرفين يضرب أولاً) وقال: وإنما معناه أن يقول بعضهم: تقسم الأجزاء من قبلة إلى جوف، وقال آخرون: بل من شرق إلى غرب؛ لأغراض لهم في ذلك، فيبدأ الذي يضرب بأي جهة يقسم؛ ليقع عليها الضرب.

قال القاضي: إذ قد تختلف أغراضهم في ذلك لكون ما في جهة الغرب أقرب لأرض أحدهم، فيضم نصيبه إلى أرضه أو أقرب لمنزله أو لمجاورة من يريد مجاورته أو لمنفعة هناك يرجوها بخروج نصيبه لتلك الجهة، وكون مخرجه ومدخله منها، فإذا جعلت رؤوس السهام من تلك الجهة خرج له طرف سهمه إليها بكل وجه، وإن جعل بخلاف ذلك عرضاً لحيطة السهام من تلك الجهة، فيفوته غرضه، قال ابن لبابة: ولا وجه لتشاح الورثة إلا هذا، وأما على ما قال ابن القاسم فلا وجه له؛ لأن الضرب لأحدهم ضرب لجميعهم، كما قال: إذا بقي سهمان.

قال القاضي: يريد إن أخرج السهم للضرب ولا يدري لمن هو فحكم ضربه للواحد حكمه للجميع؛ لأنه لغير معين، فلا وجه للتشاح فيه، قال ابن لبابة: ولا يمكن التشاح على الضرب بأي الطرفين يبدأ إلا في اختلاف الأنصباء إذا طلب القليل النصيب أن يبدأ بأحد الطرفين.

قال القاضي: وهذا على ما تقدم من قول من قال: يضرب لأقلهم نصيباً في أحد الطرفين، فسهمه - هنا - معلوم، فمن حقه ومن حق غيره ألا يخص بطرف باختيار أحدهم أو اختيار القاسم الآخر بسهم أو يبدأ له به بقرعة أخرى، فإذا خرج سهمه على أحد الطرفين أخذه، فأما إذا لم يكن على هذا الوجه أو اعتدلت سهامهم فلا وجه للضرب على الطرف الذي يبدأ به إلا على ما ذهب إليه ابن لبابة. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2513، ومابعدها.

(1) في (ن): (فإذا).

(2) في (ش): (أو).

الساحة ما ينتفع[1] به في مدخل ومخرج، ومربط دابة وغيره؛ قسمت الساحة مع البناء، وإن[2] كان يصير منها تلك المنافع لبعضهم ويصير لأقلهم نصيباً من الساحة ما لا ينتفع به، أو ما لا ينتفع به إلا في[3] دخوله وخروجه فقط؛ قسمنا[4] البناء وتركنا[5] الساحة؛ لانتفاعهم، وللأقل نصيباً من النفع بها ما لأصحابه، سكن معهم أو لم يسكن، ولهم منع من يبني فيها منهم، ولو كانت الساحة فقط بينهم، فأرادوا قسمها، فإن صار لكل واحد ما ينتفع به قسمت.

قال[6] في كتاب الشفعة: ولو قسموا[7] البيوت، وأبقوا[8] الساحة، ثم أرادوا قسمها ليحوز كل واحد نصيبه إلى بيته، فإن كانت الساحة واسعة، ولا ضرر في ذلك قسمت بينهم[9].

وأنكر ذلك سحنون، وقال: لا يقسم[10] بالسهم، لأن حظ هذا قد يصير على باب بيت هذا[11] الآخر[12].

قال ابن القاسم: و[13] إذا قسموا البناء والساحة، رفعوا الطريق ولا يعرض فيها أحدهم لصاحبه[14].

---

(1) في (ش): (يشفع).

(2) في (ن): (فإن).

(3) قوله: (في) زيادة من (ف2).

(4) في (ف2): (قسمتا).

(5) في (ف2): (وتركتا).

(6) في (ف2): (وقال).

(7) في (ش): (اقتسموا).

(8) في (ش): (فأبقوا).

(9) انظر: المدونة: 9/407.

(10) في (ن): (لا تقسم).

(11) قوله: (هذا) ساقط من (ش).

(12) انظر: التنبيهات المستنبطة، لعياض، ص: 2373، 2374.

(13) في (ن): (إذا).

(14) انظر: المدونة: 10/104.

وإذا قسموا ولا طريق لهم إلا من[1] موضع واحد فرفعوها، فاختلفوا في سعتها جعلت بقدر دخول الحمولة، ودخولهم، ولا أعرف عرض [(ش: 106/ب)] باب الدار[2].

وإن قسموا البناء، ثم قسموا الساحة ولم يذكروا رفع الطريق فوقع باب الدار[3] في حظ أحدهم، فإن لم يشترطوا في أصل القسم أن طريق كل حصة ومدخلها فيها خاصة، فإن ملك باب الدار لمن وقع في حظه ولباقيهم[4] الممر فيه وأنكر[5] هذا سحنون.

وإن قسما على أن يصرف كل واحد بابه إلى ناحية أخرى ولا يدعا طريقاً بتراض؛ جاز ولا يرفع له طريق، وليصرف كل واحد طريقه حيث شاء إن كان له حيث يصرفه.

وإن قسما[6] أرضاً على أن لا طريق لأحدهم على الآخر وهو لا يجد طريقاً إلا عليه، لم يجز ذلك، وليس هذا من قسم المسلمين.

ولو أخذ أحدهما دبر الدار، وأعطى الآخر مقدمها -يريد بتراض- على أن لا طريق لصاحب المؤخر على الخارج؛ جاز إن كان له موضع يصرف إليه بابه، وإلا لم يجز، قال: وكذلك إن اقتسموا داراً، على أن أخذ أحدهم الغرف على أن لا طريق له في السفل، أو قسما ساحة دار على أن لا طريق لأحدهم على الآخر، فإن كان لا يجد طريقا؛ لم يجز[7].

وإن قسما داراً على أن أخذ[8] كل واحد منهما طائفة منها، فإن من صارت

---

(1) قوله: (من) زيادة من (ن).

(2) انظر: المدونة: 10/109.

(3) في (ش): (الطريق).

(4) في (ش): (ولباقيه).

(5) في (ش) و(ف2): (أنكر).

(6) في (ف2): (قسموا).

(7) انظر: المدونة: 10/105، 106.

(8) قوله: (أخذ) ساقط من (ش).

الأجنحة في حظه فهي له ولا تعد[1] من الفناء، وإن كانت في هواء الأفنية، وهي تعد من البناء، قال: وفناء الدار لهم أجمعين للمرفق به[2].

وإذا كانت دار ذات[3] غرف وسطوح، فقسموا البناء على القيمة، وأبقوا الساحة، فالسطح يقوم مع البناء، ولصاحب العلو أن يرتفق بساحة[4] السفل، كارتفاق صاحب السفل، ولا مرفق لصاحب الأسفل[5] في سطح الأعلى، إذ ليس من الأفنية ويضيف[6] القاسم قيمة خشب السطح، والغرف مع قيمة البيوت التي تحت ذلك[7].

وإذا ورثا نخلاً وكرماً؛ لم يعرفاه ولا رأياه، أو عرف ذلك أحدهما، فرضيا أن يأخذ أحدهما الكرم، والآخر النخل؛ لم يجز ذلك، إلا أن يكونا رأيا ذلك أو وصف لهما.

ولا بأس أن يقتسما داراً غائبة على ما يوصف لهما من بيوتها، وساحتها ويميزا حصتيهما منها بالصفة، كبيعها على الصفة، ولو قسما على أن لأحدهما الخيار أياماً يجوز مثلها في البيع في عين[8] ذلك الشيء فجائز، وليس لمن لا خيار له منهما رد، وذلك لمشترطه.

وإذا بنى من له الخيار أو هدم أو سام للبيع فذلك رضا كالبيوع.

---

(1) في (ف2): (ولا يعد).

(2) انظر: المدونة: 10/90، 91.

(3) قوله: (ذات) ساقط من (ش).

(4) قوله: (يرتفق بساحة) يقابله في (ن): (يترفق لساحة).

(5) في (ن): (السفل).

(6) في (ش): (ونصف).

(7) انظر: المدونة: 10/98.

(8) قوله: (عين) زيادة من (ن).

القضاء فيما ينقسم وفيما لا ينقسم، وقسمة [(ش: 107/أ)] الحلي والديون واجتماع الأصناف المتشابهة، والمختلفة في القسم، وهل تقسم الأصول بثمرتها والأرض بزرعها؟

ولما كان تمييز النصيبين بالقسم، نفياً للضرر في المواضع التي لا يكون ذلك فساداً فيه؛ كان من دعا[1] إلى قسم ما لا ينقسم داعياً للفساد وطالباً للضرر فيمنع[2].

ولما أرخص في تمييز الحقين بالسهم على غرره لم يجب أن تخرج[3] الرخصة عن[4] موضعها فيصير[5] إلى الغرر[6] المنهي[7] عنه، وكالبيع بالقرعة.

فما كان من الأشياء المتقاربة المشتبهة، فهي تجمع في القسم، فإن تباعدت الأصناف لم يجمع[8] في القسم لما ذكرنا.

قال ابن القاسم: تأول مالك قول الله تعالى: ﴿مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا﴾ [سورة النساء آية: 7] فرأى أن ينقسم[9] البيت الصغير، وإن[10] لم يقع لأحدهم ما ينتفع به والأرض القليلة، والدكان الصغير في السوق إن[11] كان أصل العرصة بينهم، والحمام والمَأْجَل[12]، وكل شيء عنده.

(1) في (ن): (ادعا).

(2) في (ن): (فمنع).

(3) في (ش) و(ف2): (يخرج).

(4) في (ش): (من).

(5) في (ش): (فتصير).

(6) في (ش): (الضرر).

(7) في (ن): (والمنهي).

(8) في (ن): (تجمع).

(9) في (ف2): (يقسم).

(10) في (ش): (إن).

(11) في (ش): (وأيا)، في(ن): (وإن)، والمثبت موافق لما في المدونة

(12) المَأْجَلُ: بفتح الجيم مُسْتنقَع الماء، والجمع المآجل، والمأْجَل شبه حوض واسع يُؤَجَّل: أي يجمع

وأنا أرى أن ما لا ينقسم إلا بضرر من دار، أو أرض أو حمام، فإنه لا يقسم[1]، وكذلك المأجل إلا أن يصير لكل واحد مأجل ينتفع به فليقسم، ولو قال أحدهم: يقسم البناء[2] والساحة، وقال: من لا يقع له من البناء ما يسكنه لا تقسموا الساحة؛ فذلك له، ولا تقسم.

ويقسم الجدار إن لم يكن فيه ضرر، فإن كان لكل واحد عليه جذوع، لم يقسم وتقاوماه[3].

ولا يقسم الطريق إذا امتنع بعضهم وكان في ذلك ضرر.

ولا يجوز قسم مجرى الماء[4].

قلت: فهل يقسم الحائط أو الطريق وإن كان فيها ضرر على قول مالك في الحمام؟

قال: لا[5] إذ ليسا[6] بكبير عرصة والحمام عرصة، وتنقسم[7] بينهم القرية وما فيها من أرض وشجر ولا يقسم أصل مائها ويقسم[8] شربها بقدر ما لكل واحد من جزء[9].

=

فيه الماء إِذا كان قليلاً، ثم يُفَجَّر إلى المَشارات والمَزْرَعة والآبار. انظر: لسان العرب: ج 11/11.

(1) في (ش): (ينقسم).

(2) في (ن) و(ف2): (البناء).

(3) في (ن) و(ف2): (وتقاوياه).

(4) في (ن): (ماء)، وانظر المسألة في: المدونة: 36/10.

(5) قوله: (لا) زيادة من (ن).

(6)في (ن): (ليس).

(7) في (ن): (وتقسم).

(8) في (ش) و(ف2): (وقسم).

(9) قوله: (ما لكل واحد من جزء) يقابله في (ش): (جزء كل واحد).

عياض: وقوله: (في ثلاثة ورثوا قرية لها ماء أو مجرى ماء تقسم الأرض على قدر مواريثهم، ولهم من شربهم من الماء على قدر مواريثهم، وكل إشراك في قلد، باع أحدهم نصيبه في ذلك، فشركاؤه دنية أحق به في الشفعة من سائر شركائه في الماء)، و(الدنية أهل وراثة)؛ يقال: دنية بكسر الدال وسكون النون، ويقال: دنيا ودنيا - بالكسر والضم - مقصور، ومعناه: القريب، وتقدمت لفظة القلد وتفسيرها في كتاب الشفعة. اهـ. انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2438

وكذلك لا يقسم أصل العيون والآبار[1]، ولكن شربها بالقِلْد[2] وهي القدر[3].

---

(1) عياض: وقوله: (لا تقسم الآبار ولم أسمع أحداً يقول: إن العيون، والآبار تقسم، ولا أرى أن تقسم إلا على الشِّرْب)؛ فظاهر المذهب أنه إنما تكلم على الجنس وقسم الواحد، وأن الجماعة منها إذا أمكن قسمتها واعتدلت في القسم قسمت، وهو قول سحنون، وتأويله على الكتاب. وقاله ابن نافع وابن حبيب وأن الكبيرة تقسم، إذا احتملت القسم. قال ابن حبيب: واعتدلت بخلاف الواحد، وعليه حمل سحنون اختلاف لفظه (في الشفعة في البئر) على ما بيناه في الشفعة، وحمل ابن لبابة قوله في المدونة في منع القسمة على العموم في الواحد والجميع، واستدل بمخالفته للجواب في المواجل، وقوله: (أما على قول مالك فيقسم وأما أنا فلا أرى ذلك للضرر، إلا أن يكون لكل واحد منهما مأجل على حدة، فلا بأس به)، ثم قال في العيون والآبار: (لا أرى أن تقسم إلا على الشِّرب)، ولم يقل فيها ما قال في المواجل، ولم يفرق بين قليلها وكثيرها.
قال القاضي: ولا حجة بينة في هذا؛ لأنه إنما تكلم على مأجل واحد، وهو يمكن إذا كان كثيراً وقسم أن تصير منه مآجل، ولا يمكن أن تصير العين عيوناً ولا البئر بياراً، فظاهر كلامه أنه أراد العَين أو البئرلواحدة وأنه لا يمنع قسمة الكبير، كما قال سحنون ومن معه، وقد قيل: إنما رأى ذلك مالك في المواجل؛ لأن لها عرصة ولا كبير عرصة للآبار والعيون من الأرض، كما قال في الحائط والطريق أو لما جاء في الأثر أنه لا شفعة في بئر على من حمله - أيضاً - على العموم، وإن كانت كثيرة؛ وذلك أن الشفعة فيما ينقسم، فلما لم تجعل فيه شفعة دل أنه مما لا ينقسم، وقد أشار إلى هذا بعضهم لكن هذا غير مُسَلم ولا يطرد، فالمكيل والموزون ينقسم باتفاق ولا شفعة فيه، وقد يكون منعه قسمتها؛ لما ذكره أنه لم يسمع أحداً يقول: إنها تقسم، فاتبع في ذلك العمل ومعاضدته ظاهر الأثر، والله أعلم. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2498، وما بعدها.

(2) عياض: وقوله في العين: تقسم بالقلد بكسر القاف وسكون اللام، قال غير واحد: هي القدر التي يقسم بها الماء، وهو أكثر المراد - هنا -كذا جاء في تفسيره بعض النسخ بمثله، وثبت في كتاب ابن المرابط، وسيأتي تفسيره في كتاب القسمة، وقال ابن دريد: هو الحظ من الماء، يقال: سقينا أرضنا قلدنا أي حظنا.
وقال ابن قتيبة: هو سقي الزرع وقت حاجته إليه، تقول أقمت قلدي، إذا سقيت زرعك يوم حاجته إلى السقي. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2393، 2394.

(3) انظر: المدونة: 10/87، 88.

قال: ومما لا يجوز فيه قسم[1] العبد الواحد بين الرجلين، أو عبدين بين عشرة، أو دابة أو شجرة أو نخلة.

قال: ولا يقسم السرج والتنور والطست، والخاتم والفص[2] واللؤلؤة والياقوتة، والجذع[3] والثوب الواحد[4]، أو الثوب الملفق[5] قطعتين [(ش: 107/ب)] من العدني وغيره، والحبل والخرج والمصراعين والخفين والنعلين، والساعدين والساقين والرانين[6] والرحى، لأن قسم ذلك فساد فلا يقسم شيء من ذلك إلا بالتراضي، أو يجتمع من كل صنف من ذلك عدد يحمله القسم، ولا يجمع من ذلك صنفين في القسم والغرارتان، والمحمل إن كان في قسمها[7] نقص ثمن وضرر؛ لم يقسم إلا بتراض وتقسم الجبنة، وإن أبى أحدهم.

وإذا ترك ديوناً على رجال لم يجز أن يقسموا الرجال فيصير ذمة بذمة، وليقتسموا[8] ما على كل رجل، فإن ترك عروضاً حاضرةً، وديوناً من دنانير أو دراهم فأخذ واحد العروض والآخر الديون، فإن كان الغرماء حضوراً مقرين، وقد عرف[9]

(1) قوله: (لا يجوز فيه قسم) يقابله في (ن): (لا يجري فيه القسم).

(2) في (ش): (العصا).

(3) عياض: وقوله (في الجذع: لا يقسم)؛ يعني وإن احتمل القسم وانتفع به اختلف في تأويله، فقيل: ذلك على اختلاف القول في قسمة الحمّام، وما لا ينقسم إلا بتغييره عن هيئته، وإن احتمل القسم وانتفع به، وقيل: بل لأنه يحال عن حاله، وأما القسم فيما لا يحال عن حاله، وإنما يقسم بالعدد والمقدار، وأما ما يحال عن حاله بالنقص والتغيير والتفريق، فلا يكون ذلك إلا في الرباع والأرضين، وهذا قول أَشْهَب. قال: ولو كان القطع يصلح الثوب والخشبة لم يقسم. قال حمديس: إلا أن تكون الخشبة نخرة لا تصلح إلا للحطب، فتقسم وهذا لا يختلف فيه. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2457.

(4) قوله: (والثوب الواحد) ساقط من (ن).

(5) في (ن): (المفلق).

(6) عياض: الرانان: خفان طويلان يبلغان الفخذين. اهـ. انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2431.

(7) في (ن): (قسمتهما).

(8) في (ش) و(ف2): (وليقسموا).

(9) في (ش) و(ف2): (عرفا).

ما عليهم وجمع بينهم؛ فذلك جائز.

وإن ترك حلياً ومتاعاً قسم المتاع بالقيمة والسهم والحلي بالوزن، فإن كان في الحلي جوهر لا يبين منه عنه[1]، فإن كانت الفضة والذهب فيه قدر الثلث فأدنى، أو كانت سيوفاً محلاة كذلك جاز قسم ذلك بالقيمة كالعروض، إذ يجوز بيع السيف فضته الثلث فأقل بفضة نقداً أقل مما فيه أو أكثر أو بفضة وعروض[2] أو بسيف فضته[3] أكثر من الثلث أو أدنى، قال: وإن كان في فضة كل سيف أكثر من الثلث، فلا خير في القسم فيها بالقيمة، وكذلك الحلي[4].

ولو قالت الأخت: أعطوني حظكم من الحلي بوزنه ذهباً يداً بيد فرضوا؛ جاز ذلك.

ولا تقسم أصناف مختلفة بالسهم، مثل أن يجعلوا الدور حظاً، والرقيق حظاً[5] والعروض حظاً ويستهموا، و إن اتفق ذلك، لأنه خطر، إلا[6] أن يجعلوا دنانير ناحية، وما قيمة مثلها[7] ناحية من ربع، أو عرض[8]، أو حيوان ويقترعوا[9].

وأما دارين في موضع، وإن تفاضلتا في البناء، كواحدة جديدة وأخرى رثة، أو دار بعضها رثيث وباقيها جديد؛ فذلك يجمع في القسم، لأنه صنف واحد منه جيد ودون بالقيم كقسمة الرقيق على تباينها، وكل صنف لا بد من ذلك فيه[10].

---

(1) في (ش): (عنه)، (ف2): (ثمنه)، والمثبت موافق لما في التهذيب: 4/198.

(2) في (ن): (وعرض).

(3) في (ش) و(ف2): (فضة).

(4) انظر: المدونة: 10/51، 52.

(5) قوله: (والرقيق حظا) زيادة من (ن).

(6) في (ن): (ولا).

(7) في (ش) و(ف2): (مثله).

(8) في (ن): (عروض).

(9) انظر: المدونة: 10/49.

(10) انظر: المدونة: 10/111.

ويجمع في القسم البز[1] كله من ديباج، وحرير[2] وثياب كتّان، وقطن ويجمع في رأي[3] مع ذلك ثياب الصوف والأفرية إذا لم يكن في كل صنف من ذلك محمل[4] القسم في انفراده، فإن كان في كل صنف من ذلك محمل القسم[5] في انفراده، قسم منفرداً.

وقال في [(ش: 108/أ)] باب بعده فيمن ترك ثياب خز، وحرير[6] وقطن وكتان وجباب وأكسية، أيقسم كل نوع على حدته أم يجعل ذلك كله في القسم كنوع واحد؟

قال: أرى أن يجمع كله في القسم كنوع واحد، فيقسم[7] على القيمة كما جمع الرقيق، وفيها صغير وكبير ودني وفارهٌ، وكذلك تقسم الإبل، وفيها أصناف والبقر[8] وفيها أصناف[9].

ولو ترك قمصاً وجباباً وأرديةً، وسراويلات جمع ذلك كله في القسم، ولا يجمع مع الأمتعة والثياب بسطاً[10] ووسائد[11]، ولا يجمع في القسم الخيل، والبغال والحمير

---

(1) عياض: والبز بفتح الباء، في إطلاقه في الكتاب، إنما هو في كل ما يلبس من الثياب، كان صوفا أو بزاً أو كتاناً أو قطناً أو حريراً مخيطاً أو غير مخيط. وقال صاحب العين: البز: ضرب من الثياب المخيطة، وقال ابن دريد: البز: إنما هو متاع البيت خاصة من الثياب، والملفقة: الثياب المخيطة. اهـ. انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2434، 2435.

(2) في (ن): (وخز).

(3) في (ن): (داري).

(4) في (ن): (ما يحمله).

(5) في (ن): (للقسم).

(6) قوله: (وحرير) زيادة من (ن).

(7) في (ن): (فتقسم).

(8) في (ش) و(ف2): (أو البقر).

(9) قوله: (وفيها أصناف) ساقط من (ن).

(10) في (ن): (بسط).

(11) عياض: ومسألة: (ما يجمع في القسم من الحيوان والعروض) اختلف على ابن القاسم في تأويل كلامه، واختلف لفظه في الكتاب، فقيل: هو اختلاف من قوله مرة. قال: (يقسم كل صنف من

والبراذين، ولكن كل صنف على حدة، فالخيل والبراذين صنف، والبغال صنف[1] والحمير صنف[2].

قال أشهب: ما جاز أن يسلم في الآخر فلا يجمع في القسم معه[3].

قال ابن القاسم: ولا يجمع في القسم نخلة، مع زيتونة بين رجلين، وإن اتفقت =

الجنس على حدته) إذا كان فيه ما يحتمل القسم، وإلا جمع كله في القسم، كانت ثياباً... أو عبيداً أو حيواناً، وكل جنس منها مختلف، كما قال مرة في (الثياب والبز) فيكون تفريقه على هذا استحساناً، ومذهبه الآخر أنه يجمع الجنس كله في القسم، وإن كان في كل صنف ما يحتمل القسم على ظاهر قوله مرة في الثياب: تجمع كلها، وعلى قوله في العبيد: (صغارهم وكبارهم والهرم والجارية الفارهة) ذكرانهم وإناثهم. قالوا: فعلى هذا تجمع الخيل والبراذين والحُمُر والبغال، ومذهبه الثالث: أن ذلك لا يجمع منه شيء إلى غيره، وإن لم يحتمل القسم، وليقسم كل صنف من الجنس بحياله، ثياباً كانت أو دواباً أو عبيداً على ظاهر قوله: (تقسم الخيل على حدة والبغال والبراذين على حدة) على اختلاف رواية المدونة في ذلك على ما سنذكره وعلى ما في كتاب محمد: يجمع كل صنف من السبي في الغنائم، ويقسم على حدة، وكل لفظ من ألفاظه في هذه المسائل في الكتاب محتمل لهذه الوجوه، والله أعلم، وأما أَشْهَب فراعى في الجمع ما لا يجوز تسليمه بعضه في بعض من الجنس الواحد. وابن حبيب راعى ما تقارب وتشابه في الأصل والصفة، كالكتان مع القطن والصوف مع المروزي والحرير مع الخز. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2455، وما بعدها.

(1) قوله: (صنف) ساقط من (ن).

(2) انظر: المدونة: 10/49، ومابعدها.

عياض: وقوله في الكتاب: (تقسم البغال على حدة، والحمير على حدة والخيل والبراذين صنف على حدة)، كذا روايتي، وكذا في أصول شيوخي، وفي أكثر النسخ، وعليه اختصر أكثر المختصرين. ووقع في بعض الروايات: الخيل على حدة والبراذين على حدة، وعلى هذا اختصرها بعضهم، واختصرها آخرون: البغال والحمير صنف يجمعان في القسمة، وقد اعترض بعضهم على الرواية الأولى والثانية من جعله البغال والحمير، صنفين، وقد جعلهما في السلم صنفاً واحداً، وخرج بعضهم من قوله - هنا - مثل ما لابن حبيب أنهما صنفان. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2468، 2469.

(3) قوله: (القسم معه) يقابله في (ش): (السهم)، وانظر المسألة في: النوادر والزيادات: 11/229، والتبصرة، للخمي، ص: 5910.

القيمة؛ إن تشاحا، وإن أخذ هذا النخلة، وهذا الزيتونة بتراض ؛ جاز ذلك[1].

وإذا كان بينهم دور كثيرة[2] أو قرى أو حوائط أو أقرحة[3]-وهي الفدادين- فشاء بعضهم جمع كل صنف من ذلك في القسم، وقال آخرون: بل تقسم كل دار أو[4] حائط ونحوه، فإن كانت الدور في النفاق والرغبة في مواضعها، والتشاح فيها سواء جمعت في القسم.

وإن اختلفت قسمت كل دار على حدة، إلا أن تتفق داران فيها أو ثلاثة في الصفة والنفاق فتجمع المتفقة في القسم، ويقسم باقيها كل دار[5] على حدة، وكذلك الداران في المصر، فواحدة بناحية منه وأخرى بناحية أخرى، فإن تساوى الموضعان في الرغبة، والتشاح جمعا[6]، وإن اختلفا لم يجمعا.

---

(1) قوله: (ذلك) زيادة من (ن)، وانظر المسألة في: المدونة: 88/10.
عياض: ومسألة النخلة والزيتونة وقوله: (إذا اعتدلتا في القسم فتراضيا قسمتهما بينهما وإن كرها لم يجبرا)؛ حملها بعضهم على قسمة القرعة؛ لقوله: إذا اعتدلتا، ومع ذلك فلا يكون إلا بتراضيهما على السهم عليهما. بالسهم على التراضي، وابن القاسم لا يجيزه، وقد يكون هذا مثل قوله في جمع الثمار المختلفة، وقد أنكر سحنون المسألتين معا، وقيل: المراد - هنا - أنها قسمة مراضاة، والأول أظهر؛ لقوله: إذا اعتدلتا، وإن كان لا يعتدلان تقاوماهما أو يبيعانهما، ولو كان على التراضي لم يحتج لذلك، وقيل: إنما أجاز ذلك؛ للضرورة فيما قل، كما أجاز في الأرض الواحدة، بعضها جيد وبعضها رديء، بخلاف الأراضي المفترقة، كما لو كثرت ثمار الزيتون والنخل لم يقسم كل إلا على انفراده، قالوا: وهذا نزوع من ابن القاسم إلى مذهب أَشْهَب في جمع الصنفين. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2500، 2501.

(2) في (ش) و(ف2): (كثير).

(3) عياض: ومعنى الأقرحة: الفدادين، واحدها قراح - بالفتح - مثل زمان وأزمنة، وذكر في الكتاب واحدها قريح، ولا يبعد صوابه إن كان سمع مثل قفيز وأقفزة وبعير وأبعرة. قال الخليل: (القراح من الأرض كل قطعة على حيالها) من منابت النخل وغير ذلك. قال ابن دريد: القراح من الأرض ما خلص طينه من السبخ وغيره وأصله الخالص من كل شيء. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2430، 2431.

(4) في (ن): (و).

(5) قوله: (كل دار) ساقط من (ن).

(6) في (ن): (جمعتا).

وإذا تشاح الورثة في دار من دور الميت كانوا يسكنونها، فأراد كل وارث أخذ حظه منها وترك دوراً[1] غيرها بالبلد ودوره في المواضع، والتشاح فيها سواء فلتقسم هذه الدار بينهم وحدها؛ إن انقسمت وكانت في موضع غير موضع بقية[2] دوره، ثم يجمع[3] في القسم بقية الدور المتفقة[4].

---

(1) في (ش) و(ف2): (دوره).

(2) في (ش) و(ف2): (بقيمة).

(3) في (ش) و(ف2): (تجمع).

(4) عياض: مسألة (دار الميت إذا كان الورثة يسكنونها وتشاحوا فيها، جاء فيها في الكتاب لفظ مشكل، ظاهره أولاً أنها ليست كغيرها، وأنها تُفْرد بالقسم بينهم؛ لقوله: ودوره التي ترك كلها سواء في مواضعها وتشاح الناس فيها ثم قال - تقسم بينهم هذه الدار يجعل لكل واحد منهم نصيب)، وقيل: وعلى هذا تأول المسألة فضل وغيره؛ ولكن جاء بعد هذا كلام دل ظاهره على خلافه؛ وأنها كغيرها من الدور بقوله: (إنها تقسم... بينهم هذه الدار إذا كانت الدور التي ترك في غير هذا الموضع الذي الدار فيه ثم يقسم ما بقي من الدور) وعلى هذا الظاهر اختصرها كثيرمن المختصرين، وعليه تأولها ابن أبي زمنين وأنها تقسم مع ما... قرُب منها من الدور، وقال: كذا فسرها بعض مشايخنا، وإليه نحا... أبو عِمرَان، وفي كتاب ابن حبيب في دار الرجل الشريف لها حرمة بسكناه فتشاح الورثة فيها إنها تقسم بينهم وحدها لو حملت القسم وإن ترك دورا بقربها. قال فضل: قد احتج بهذا ابن القاسم في المختلطة وخُلِّط فيها بعد ذلك بحرف إذا كانت كغيرها في غير ذلك الموضع. قال: وإنما جاءت عندي عن غير عمد؛ لما جاء في أول السؤال.
قال القاضي: وعلى هذا روى المسألة العتبي، فقال في آخر المسألة: وكانت الدور التي ترك الميت في هذا الموضع التي الدار فيها، فأتى الكلام مستقلاً صحيحاً على ما في كتاب ابن حبيب وعلى التأويل الأول. وزال الإشكال بإسقاط لفظ غير، وتأولها اللخميّ أنها إن كانت في محلة واحدة جمعت في القسم مع غيرها، وإن افترقت محلتها من محلات غيرها فالقول قول من دعا إلى إفرادها إن احتملت القسم وإلا تبايعوها، فكأنه حمل قوله أولا في مواضعها وتشاح الناس فيها؛ يريد مع اختلاف المحلات ورد أول الكلام على آخره، وانظر قوله: الذي كانوا يسكنونها، فقد خصص بعض الشيوخ المسألة بهذا ممن كان من الولد ومن كان يسكن الدار دون العصبة. قال: وهذا في غير الشريف ومن لا تشرف الدار بسكناه، وأما الرجل الشريف فسواء بنوه وعصبته ممن سكنها أو لم يسكنها لها حرمة في نفسها توجب إفرادها بالقسم. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2511، وما بعدها.

قال: وأما القرى والأرضين[1] فما تقارب في أماكنه، وتساوى في كرمه من قرى كثيرة أو[2] حوائط أو[3] أقرحة جمع في القسم، والميل وشبهه من ذلك قريب.

وإن تباعد ما بين كل[4] قرية أو[5] حائط أو قريح؛ لم يجمع [(ش: 108/ب)] في القسم وإن اتفق في الكرم والنفاق.

وسئل عن اليوم واليومين فيما بين ذلك؟

فقال: ذلك بعيد، وتقسم[6] كل قرية أوحائط أو قريح على حدة، ولو تقاربت الأماكن واختلف النفاق لم يجمع، قال: والدور وغيرها من الرباع إذا اختلفت في النفاق، والرغبة في أماكنها، فليقسم كل شيء على حدته، فإن تقارب بعض ذلك من صنف واحد وتساوى[7] كرمه وتفاوت البعض؛ جمع المتساوي في القسم، وفرق قسم المختلف.

وإن كانت قرية ذات دور وشجر وجنات؛ قسمت الدور على حدة، والأرض على حدة، والجنات على حدة، فإن اختلف الشجر[8] من شجر تفاح، ورمان وأترج وغيره، وكلها في جنان واحد، فإنه يقسم كله مجتمعاً بالقيمة[9].

قال سحنون: و[10] لا يقسم الجنان المختلف هكذا، إلا على التراضي[11].

قال ابن القاسم: وكذلك حائط نخل ينبت أصناف التمر، فإن[12] كان كل صنف

---

(1) في (ن): (والأراضي).

(2) في (ش) و(ف2): (و).

(3) في (ش) و(ف2): (و).

(4) قوله: (كل) ساقط من (ن).

(5) في (ش) و(ف2): (و).

(6) في (ن): (وتقسم).

(7) في (ش): (تساوي).

(8) قوله: (اختلف الشجر) يقابله في (ن): (اختلفت الأشجار).

(9) انظر: المدونة: 8/10، وما بعدها.

(10) قوله: (و) زيادة من (ن).

(11) انظر: النوادر والزيادات: 11/212.

(12) في (ن): (وإن).

في جنان مفرداً[1] أفرد في القسم إن انقسم[2].

وإن ورثوا عيوناً وأراضي كثيرة، فأراد أحدهم قسم كل عين وأرض، وأراد غيره اجتماع حصته من ذلك، فإن تقاربت الأماكن وتساوت الأرض في الكرم، والعيون في السقي جمعت في القسم، وإن اختلفت الأرض في الكرم والعيون في الغزر[3] قسمت كل أرض بعيونها.

قال مالك في الموطأ: ولا يقسم ما يسقى بالنضح والسواني[4] مع ما يسقى بالعيون ولا مع البعل[5].

قال ابن عبدوس: وقال سحنون بقول أشهب في الأرض في نمط واحد و[6] بعضها أفضل من بعض: إنها تجمع في القسم ولم يعجبه قول ابن القاسم: إنها إن كانت متقاربة وهي مختلفة فلا تجمع.

قال سحنون: وليست كالدور، وقد تكون الدور في نمط، وهي متباينة في النفاق والتشاح فيها، ومن داري إلى الجامع نمط واحد، وهو[7] متباين، فإذا تقاربت الدور جمعت في القسم[8].

قال ابن القاسم: [(ش: 109/أ)] وتقسم الأرض، مع ما فيها من شجر بالقيم، وإن كانت نَبْذ[9] فيها، فيصير لكل واحد أرض بما وقع فيها من أصل، ولو أفردنا

---

(1) في (ش): (منفردة).

(2) انظر: المدونة: 12/10.

(3) في (ن): (الغرر)، وغير واضحة في (ف2)، والمثبت موافق لما في المدونة: 25/10.

(4) عياض: السانية: اسم الغرب وأداته، وأصله: الناقة التي ترفع الغرب، وتسني به، هذا أصلها في اللغة، ثم استعملها الناس في آلات ترفع الماء على هيئة مخصوصة. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 542.

(5) انظر: الموطأ: 747/2.

(6) قوله: (و) ساقط من (ن).

(7) في (ن): (وهي).

(8) انظر: النوادر والزيادات: 209/11، 210، والتبصرة للخمي، ص: 5881.

(9) يقال: ذهب ماله وبقي نَبْذ منه، وبأرض كذا نبذ من مال ومن كلأ، وفي رأسه نبذ من شيب. =

قسمة الأصول، وقعت أصول الرجل في أرض غيره[1].

ولا يقسم الزرع مع الأرض، ولا الثمر مع الأصل، بدا صلاحه أو لم يبد[2]، وتقسم الأرض والأصول وترجأ الثمرة والزرع، فإذا بيع قسم ثمنه، أو قسم الزرع حباً كيلاً أو[3] الثمر مجذوذاً كيلاً أو غير مجذوذ بالخرص[4] إن طاب[5] واختلفت حاجتهم فيه، ويدخل في قسم الزرع مع الأرض طعام وأرض بطعام وأرض، وإنما جاز بيعه معها بعين أو عرض لا بطعام، وكذلك الأصول بثمرها[6].

قال سحنون: ولو كان ما في الشجر من الثمر لم يؤبر؛ لم يجز قسمة الشجر بحال[7]: لأنها وإن لم يستثنيا[8] شيئاً فهو طعام بطعام مؤخر[9].

=

وأصاب الأرض نبذ من مطر، أي شيء يسير. انظر: الصحاح، للجوهري: 2/571.

(1) انظر: المدونة: 10/48، 49.

(2) قوله: (أو لم يبد) يقابله في (ن): (أم لا).

(3) في (ن): (و).

(4) الخَرص، بفتح الخاء: اسم فعل الخارص، وبكسرها: هي الشيء المقدور فيه، يقال: خرص هذه النخلة كذا وكذا وسقاً، وقد خرصها الخارص خرصا. انظر: التنبيهات المستنبطة، لعياض: ص 543.

(5) في (ن): (طابت).

(6) انظر: المدونة: 10/13، وما بعدها.

(7) في (ش) و(ف2): (وقال).

(8) قوله: (لأنهما وإن لم يستثنيا) يقابله في (ن): (لأنها وإن لم يستثنها).

(9) قوله: (مؤخر) ساقط من (ن)، وانظر المسألة في: منتخب الأحكام، لابن أبي زمنين: 1/414.

في قسمة الثمار والنبات[1] كله، وجميع الطعام وما يقسم منه في شجره[2]، وجمع صنفين من الطعام في القسم، أو طعام مع دنانير، وقسمة اللبن قبل[3] حلابه، والصوف قبل جزازه

ولما كان القسم يقرب من البيوع، وكان قسمة الثمر والزرع في أصولها يتأخر دخله طعام بطعام مؤخر، إلا ما أرخص فيه لحاجة الناس من قسمة ثمر النخل، والكرم بالخرص في شجرهما عند اختلاف حاجتهم من بين آكلٍ رطباً، وآخر ييبسه أو يبيع، فإن لم تختلف حاجتهم؛ لم يجز ذلك وكما يخرص هذان الصنفان من الثمار خاصة في الزكاة لحاجة الناس إلى أكلهما رطبين.

قال ابن القاسم: ولا يقسم زرع قد طاب فدادين، أو مذارعة ولا يقسم إلا حباً مكيلاً[4].

ولا يقسم شيء[5] من البقل بالخرص[6]، وليقسما ثمنه[7].

---

(1) في (ش): (والثياب).

(2) في (ش): (شجر).

(3) في (ش): (مع).

(4) انظر: المدونة: 10/14.

(5) في (ن): (شيئاً).

(6) عياض: والخَرص والخِرص بالفتح، اسم الفعل والمصدر، وبالكسر اسم الشيء المخروص. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2431.

(7) انظر: المدونة: 10/15.
عياض: وقوله في البقل: (لا يعجبني قسمته بالخرص، ثم ذكر قياسه ذلك على قول مالك في منع قسمة الثمار بالخرص غير النخل والعنب، ثم قوله: والبقل أبعد من الثمار)، فاختلف في تأويل المسألة، فحملها سحنون على المنع جملة، وأنكر ذلك عليه ابن عبدوس، وقال: إنما منعها ابن القاسم إذا كانت على التأخير، وأما على الجذ فيجوز، وهو قول أَشْهَب، وهذا دليل الكتاب بعد عندهم من قوله بعد هذا في مسألة الزرع أنه يجوز بيعه بالخرص على الجذاذ، وذلك في البلح الصغير. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2436.

سحنون: إلا على أن يجذاه مكانهما، فيجوز كقوله في الزرع الأخضر[1].

وفي بيع فدان كراث بفداني كراث،أو ثمرة لم تجذ بثمرة مخالفة لها، وقد طابتا أنه إن جذا[2] ذلك كله قبل التفرق جاز[3].

ولا يقسم شيء مما في رؤوس[4] الشجر من الفواكه والثمار وغيرها بالخرص، وإن اختلفت فيه الحاجة إلا في النخل والعنب إذا حل بيعها، واختلفت حاجة أهله[5] كما ذكرنا فيجوز بالخرص إن وجدا عالماً به، وإنما مضى أمر عمل الناس على الخرص فيهما خاصة.

وسألت مالكاً عما روي عنه من إجازة ذلك في غيرهما فأنكره، ولو اتفقت حاجتهم فيهما أن يأكلوا رطباً كلهم، أو [(ش: 109/ب)] يبيعوا؛ لم يقسم بالخرص[6].

والبلح الكبير إن اختلفت حاجتهم فيه في أن يأكل هذا بلحاً، ويبيع الآخر بلحاً؛ جاز قسمه بالخرص[7]، وهو كالبسر في تحريم التفاضل فيه، ومن عرف ما

(1) انظر: النوادر والزيادات: 11/232، 233.

(2) في (ن): (جذ).

(3) عياض: وكذلك قوله: (في فداني كرّاث بفدان كرّاث أو سريس أو سلق. قال: لا خير في ذلك، إلا على الجذ، ثم قال: وكذلك البقل عندي كله بين أن المنع إن لم يكن على الجذاذ)، وأشار بعض الشيوخ إلى أن الخلاف يدخل في خرصه من قياسه إياه على الثمار التي اختلف قوله فيها. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2436، 2437.

(4) في (ن): (روش).

(5) في (ش): (أهلها).

(6) انظر: المدونة: 10/14، 15.

(7) عياض: وفي مسألة: (التي اقتسما بلحاً ليجذاه لاختلاف حاجتهما إليه) للبيع والأكل معناه ليجذه أحدهما شيئاً فشيئاً بحسب حاجة عياله، يبيعه الآخر دفعة أو دفعتين؛ لاختلاف حاجتهما إليه للبيع والأكل، معناه ليجزه أحدهما لرغبة سوقه. قال بعضهم: وكذلك لو كانت حاجتها إليه جميعاً للأكل وعيالها يختلف بالقلة والكثرة لجاز قسمه بالخرص، كما قال وبهذا البيان يندفع اعتراض سحنون على المسألة، بقوله: (إذا جذاه قسماه كيلاً أو كلما جذا منه ولم يحتج إلى خرصه)، وذهب فضل إلى أن ما وقع في كتاب ابن حبيب خلاف ما في المدونة، وظاهره يدل على ما ذهب إليه سحنون؛ لأنه منع

صار[1] له منه فهو قبض فيه، وإن لم يجذه وإن[2] جذه بعد يومين، أو ثلاثة ما لم يدعه حتى يزهى[3]؛ فيبطل القسم.

قال سحنون: ليس هذا باختلاف حاجة، ولا يقسم إلا على أن يجذاه[4].

يريد: أنه[5] لا يؤخر، حتى يزهى كما يؤخر؛ إذا قسما بعد الزهو إلى أن يثمر، ويبيع الآخر نصيبه.

قال ابن القاسم: واللذان يقتسمان الرطب بالخرص، فالذي يأكل رطباً له أن يجذ كل يوم حاجته منه، ولو تركاه أو أحدهما حتى أتمر لم يبطل القسم، وكذلك في بيعه[6].

ولا بأس بقسم الزرع قبل بدو صلاحه، بالتحري على أن يحصداه مكانهما؛ إن قدر على تعديله تحرياً، وكذلك البلح الصغير على الجذ مكانهما، وإن لم تختلف الحاجة، وهو علف وبقل من البقول[7].

= من ذلك، إذا استوت حاجتهما إلى جمعه رطباً؛ لأكله كذلك أو بيعه. قال: ولا يجوز اقتسامه -حينئذ- إلا كيلاً بعد جمعه. قال فضل: وهذا أشبه مما له في المختلطة.

قال القاضي: لا خلاف بينهما على ما بينته قبل؛ لأن أولئك لم تستو حاجتهما؛ لأن الذي يحتاج القليل كل يوم لعياله لا ينتفع بجمع الكثير، والذي يحتاج الكثير لبيعه لحضور سوقه ووقت الرغبة فيه لا ينتفع بالقليل، بل كل واحد منهما يضره خلاف مراده. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2459، 2460.

(1) في (ش): (كان).

(2) في (ن): (فإن).

(3) في (ن): (يزهى).

(4) انظر: النوادر والزيادات: 11/232.

(5) في (ن): (لأنه).

(6) انظر: المدونة: 10/19.

(7) عياض: وقول مالك: (وإنما البلح الصغير علف، قال ابن القاسم: هو بقل من البقل)، نحا اللخميّ إلى تخريج الخلاف بين مالك وابن القاسم من هذه الألفاظ، وأن مالكا يحكم له بحكم العلف، فيجيز فيه على قوله القسمة، وإن لم تختلف حاجتهما إليه وتأخير أحدهما الأيام ويجذ الآخر وعلى أنه طعام لا يجوز إلا أن يجذا جميعاً أو على اختلاف حاجتهما كسائر الثمار. قال: ويجب أن يلتفت إلى =

ويجوز أن يتفاضلا في قسمته؛ إذا تبين تفاضله، كما يجوز فيه[1] بيع بلح نخلة، ببلح نخلتين- يريد: بلحاً صغيراً[2]- على أن يجذاه[3] حينئذ.

ولو تركا الزرع حتى صار حباً، والبلح الصغير، أو الكبير حتى أزهى انتقض القسم.

ولو جذَّ أحدهما أو حصد أولاً، وترك[4] الآخر حتى تحبب الزرع وأزهى البلحان[5] انتقض القسم، إذ لا يجوز بيع ذلك على أن يترك[6] إلى طيبه، وليرد الآخر قيمة ما حصد أو جذ، فأكل فيقسمان[7] تلك القيمة، مع ما طاب وأزهى.

ولو أكل أحدهما جميع حظه من الثمن، وأكل الآخر نصف حظه، وأزهى النصف منه؛ انتقض القسم فيما أزهى، ويرد الآكل لجميع حظه نصف قيمة ما جذ، فيقسمان[8] ذلك مع ما أزهى.

ولو قسما البلح الصغير، فتركاه حتى صار بلحاً كبيراً، فإن اقتسماه على التفاضل؛ انتقض القسم.

وإن كان بالسواء؛ لم ينتقض إلا أن يعلم أنه إذا كبر تفاضل كيله؛ فينتقض[9].

عادة أهل البلد فيه من استعماله علفاً أو للأكل، والذي ألزم من الخلاف فيه لا يلزم ولا أراده مالك ولا ابن القاسم، ألا ترى أن ابن القاسم آخر الكلام جمع بين اللفظين وفسر مقصده وقال: (وإنما هو بمنزلة العلف والبقل) في القسمة. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2454، 2455.

(1) في (ن): (منه).

(2) قوله: (بلحاً صغيراً) يقابله في (ن): (بلح صغير).

(3) في (ن): (يجذا).

(4) في (ن): (يترك).

(5) في (ن): (البلح).

(6) في (ش): (تترك).

(7) في (ن): (ويقتسمان).

(8) في (ن): (فيقتسمان).

(9) انظر: المدونة: 17/10، وما بعدها.

وقال أشهب: ينتقض على كل حال[1].

ولا بأس بقسمة البسر أو الرطب، أو التمر بعد أن يجذ كيلاً، وإن كان يخف بعد ذلك؛ لأن الرطوبة تجري في جميعه.

وإذا كانت النخل ذات طلع، أو[2] بلح أو رطب؛ لم يقسم[3] إلا الرقاب وحدها بالقيمة دون ثمرها، فيصير لكل واحد حظه [(ش: 110/أ)] من الأصول في موضع، ثم تقسم الثمرة إن كانت مزهية، وإلا حين الزهو بالخرص، فإن صار لكل واحد ثمرة أصول صاحبه، فالسقي على رب الأصل، كبائع الثمر[4] يسقى أصله.

أسقط سحنون الطلع وقال: إذا كان فيها طلع لم يجز قسمتها[5] بحال[6].

قال سحنون: والسقي هٰهنا[7] على رب الثمرة، لأن القسم عنده تمييز حق؛ لا

---

(1) انظر: النوادر والزيادات: 235/11.

(2) قوله: (طلع أو) ساقط من (ش).

(3) في (ش): (تقسم).

(4) في (ن): (الثمرة).

(5) في (ن): (قسمها).

(6) عياض: وقوله: (إن ورثنا نخلاً، فيها بلح أو طلع، فأردنا قسمتها. قال: أما الطلع فلا قسم على حال، إلا أن يجذّاه، ويقسما الرقاب بينهما، ويتركا البلح حتى يطيب وضرب على الطلع)، في كتاب ابن وضاح ويحيى بن عمر، وكان في أصل ابن وضاح وروايته، وضرب عليه ابن خالد، وصح في رواية أحمد بن داود. قال سحنون: إذا طرحت الطلع صحت المسألة، وفي بعض النسخ:(أما البلح والطلع فلا يقسم على حال).

قال القاضي: كان سحنون قد ذهب إلى ما في لفظ المسألة من الإشكال، وإلا فلا اعتراض فيها على أصله؛ لأنه إنما شرط ترك البلح وتخصيصه بذلك يدل على أنه لم يشترط ترك الطلع الذي بسببه اعترض سحنون على أصله في الكتاب أنها إذا كانت ذات طلع لم تؤبر، لم تقسم جملة حتى تؤبر؛ للعلة التي ذكرها في الكتاب، وإنما تم الكلام على الطلع في قوله: إلا أن يجذاه، والمسألة على هذا صحيحة سالمة من الاعتراض، خلاف ما تأوله بعضهم على الكتاب أنه يقسم بترك البلح والطلع. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2457 و2458.

(7) قوله: (والسقي هاهنا) يقابله في (ش): (سقيها هنا).

كالبيع، فكان ما صار له هو ميراثه[1].

قال ابن القاسم: ولا يجوز في قسم ثمر الحائط بالخرص، تفضيل أحد في الكيل؛ لرداءة حظه ولا التساوي[2] في المقدار؛ على أن يؤدي آخذ الجيد ثمناً لصاحب الرديء[3].

ولا بأس بقسمة الطعام المغلوث من صبرة واحدة غلثها شائع، ولا يجوز من صبرتين؛ للغرر في موضع[4] غلث هذه من غلث هذه[5].

ولو قسما ثلاثين قفيزَ قمحٍ[6]، وثلاثين درهماً، فأخذ واحد الدراهم وعشرة أقفزة، والآخر عشرين قفيزاً؛ فهو جائز إن تساوى القمح في النفاق[7] والجودة والجنس، أو كان من صبرة يتفق أعلاها وأسفلها؛ بخلاف المتبايعين، لأن هذين لم يأت أحدهما بدراهم من عنده، ولو كانت سمراء و[8] محمولة أو نقي ومغلوث؛ لم يجز القسم.

ولو قسما مائة قفيز قمح، ومائة شعير، فأخذ هذا ستين قمحاً، وأربعين شعيراً، والآخر ستين شعيراً، وأربعين قمحاً، فذلك جائز.

ولو قسما حنطة وقطنية، فأخذ هذا الحنطة، وهذا القطنية يداً بيد، جاز، ولو كان الصنفان[9] زرعاً قد يبس؛ لم يجز إلا على أن يحصداه مكانهما، ولو كان كله صنفاً واحداً؛ لم يجز قسمه، وإن يبس حتى يحصد، ويدرس ويقسم كيلاً[10].

---

(1) انظر: النوادر والزيادات: 11/236 و237.

(2) قوله: (ولا التساوي) يقابله في (ن): (ولا للتساوي).

(3) انظر: المدونة: 10/74.

(4) في (ش): (موقع).

(5) انظر: المدونة: 10/67.

(6) في (ش): (قفيزاً قمحاً)، وفي (ن): (قفيزاً من قمح).

(7) في (ن): (النقاء).

(8) في (ش): (من).

(9) في (ش): (صنفان).

(10) انظر: المدونة: 10/75، 76.

قال ابن عبدوس: وإذا يبس الثمر في النخل؛ لم يقسم إلا بعد جذاذه ويصير كالزرع، لأن رخصته بالخرص قد زالت إذا[1] يبس[2].

قال ابن القاسم: ولا يجوز قسم اللبن في الضروع[3].

وأما[4] إن فضل أحدهما[5] الآخر، بأمر بيّن على المعروف[6]، وكانا[7] إن هلك ما بيد هذا من الغنم رجع فيما بيد صاحبه؛ فذلك جائز، لأن أحدهما قد ترك للآخر فضلاً بغير معنى القسم.

أسقط هذا سحنون، وقال: لا يجوز، لأنه طعام بطعام، ليس يداً بيد.

ولا بأس بقسمة الصوف على ظهور الغنم؛ إن جزاه الآن، أو إلى أيام قريبة[8] يجوز بيعه[9] إليها، ولا يجوز ما بعُد[10].

وقد نقلت إلى البيوع الأول [(ش: 110/ب)] بيع نخلة بنخلة، فيهما أو في إحداهما[11] ثمر أو لا ثمر فيهما، وبيع فدان بقل بمثله.

---

(1) في (ن): (إذ).

(2) انظر: النوادر والزيادات: 11/232، 233.

(3) في (ش): (ضرع)، وانظر المسألة في: المدونة: 10/22.

(4) في (ن): (فأما).

(5) في (ن): (أحدهم).

(6) عياض: ومسألة: (قسمة اللبن في ضروع الماشية ومنعه له للمخاطرة) ثم ذكر مسألة (تفضيل أحدهما الآخر بشيء بين إلى آخر المسألة وإجازته) لها سقطت من رواية أحمد بن خالد، ولم يقرأها، وثبتت في أصل ابن عتاب، وصحت عند ابن المرابط لابن باز والدباغ، وقال أَشْهَب: هي أحرى ألا تجوز، وقاله سحنون. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2437.

(7) في (ش): (وكان).

(8) في (ش): (قليلة).

(9) في (ن): (بيعها).

(10) انظر: المدونة: 10/22، 23.

(11) في (ن): (أحدهما).

في التداعي في القسم، والقسم على الغائب، والصغير وقسم الأب والوصي[1]، وولي اللقيط والزوج، ونحوه

قال ابن القاسم: وإذا ادعى أحد الشركاء بعد القسم غلطاً؛ مضى القسم، ويحلف المنكر إلا أن تقوم بينة، أو يتفاحش الغلط[2]، فينقض كالبائع مرابحة يدعي الغلط، فيقيم بينة أو يأتي[3] من رقم الثوب ما يدل على الغلط فيه، فيصدق مع يمينه، وكذلك مدعي الغلط في القسم[4].

قال ابن حبيب: هذا في قسمة القرعة، فأما ما قسم بالتراضي؛ فلازم كالعين في البيع[5].

ولو قسما عشرة أثواب فأخذ هذا ستة، وهذا أربعة، ثم ادعى صاحب الأربعة ثوباً من الستة في قسمة؛ لم ينقض القسم إذا أشبه قسم الناس، وحلف حائز الستة، وكذلك إن أقاما جميعاً البينة فتكافأت، وكذلك الغنم وليس كالبيع، ويتحالفان ويفسخ؛ إن لم تفت إذ يحتمل في البيع، بيع نصف أو ثلث أو ما شاء، ولا يقسم هذان إلا على جزء الشركة، فالحائز لما نابه مدعًى عليه[6]، وإذ قد اجتمعا على أن الثوب السادس داخل في القسم، وما اختلفا فيه في البيع؛ لم يجتمعا أنه دخل في البيع.

قال ابن عبدوس: ويقتسمان الثوب السادس بينهما بعد أيمانهما[7].

قال ابن القاسم: ولو قسما داراً فتداعيا بيتاً منها، وليس[8] بيد أحدهما لتحالفا وتفاسخا.

---

(1) في (ن): (والذمي).

(2) في (ف2): (غلطاً).

(3) زاد بعده من (ش):(كالبائع)

(4) انظر: المدونة: 10/29، 30.

(5) قوله: (قال ابن حبيب... البيع) زيادة من (ن)، وانظر المسألة في: النوادر والزيادات: 11/241.

(6) انظر: المدونة: 10/30، 31.

(7) انظر: النوادر والزيادات: 11/240.

(8) في (ن): (وليست).

ومن حاز البيت أو أقام بينة صدق، ومن لزمته منهما لصاحبه يمين فنكل؛ لم يقضَ لصاحبه حتى ترد اليمين عليه(1).

ولو قال كل واحد: حد الساحة من هاهنا، ودفع إلى جانب صاحبه، فإن كانا اقتسما البيوت على حدة؛ تحالفا وفسخ قسم(2) الساحة فقط، ولو جمعاها في القسم؛ فسخ الجميع(3) إذا حلفا(4).

وإذا طلب الشركاء في الدار، أو أحدهم القسمة، وترافعوا(5) إلى القاضي وهم مقرون أن الدار بينهم، فلا ينظر في القسم بينهم حتى تثبت(6) شركتهم عنده بالبينة.

وإن ورث قوم نصف دار، والشريك غائب فأحبوا القسم، فالقاضي يلي ذلك على(7) الغائب، ويعزل حظه، وإنما يتوقف(8) في الحكم عليه، ويستأنى به إذا ادعى في ربعه، ولا يقضي القاضي في القسم بينهم(9).

ولو رفعوا ذلك إلى صاحب الشرط، فسمع بينتهم فقسم بينهم(10)؛ لم يجز ذلك

---

(1) انظر: المدونة: 10/32.

(2) في (ف2): (قسمة).

(3) في (ف2): (البيع).

(4) انظر: المدونة: 10/33.

(5) في (ش): (وتدافعوا).

(6) في (ش): (يثبت).

(7) قوله: (على) ساقط من (ن).

(8) في (ن): (يوقف).

(9) قوله: (ولا يقضي القاضي في القسم بينهم) زيادة من (ن).

عياض: وقوله: (في الحكم على الغائب في الدور والأرضين)، بينه داخل الكتاب، إنما ذلك إذا ادعي عليه في أصولها ويستأنى به، وأما القسم فيقسم عليه، وقد فرق في أول الكتاب - هنا - بين القريب الغيبة وبعيدها، وكذلك جعل يحكم عليه في الشفعة، وفي كتاب الشفعة: بيع رباعه في الدين، وفي الكفالة وفي نفقة الزوجة، وعبد الملك يحكم على الغائب في كل شيء، ولا يستأنى به، وقد مضى في كتاب الشفعة من هذا، فانظر ما أثبتناه هناك مما لا يحتاج إلى تكراره. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2432.

(10) قوله: (فقسم بينهم) ساقط من (ن)، وقوله: (فسمع بينتهم) ساقط من (ش)، والمثبت =

إلا بأمر قاض[1].

وكذلك إن غاب بعض الورثة وقام الشريك، وباقي الورثة؛ فليقسم ذلك بأمر القاضي ويعزل نصيب الغائب، وكذلك لو قام موصى له، والورثة غياب [(ش: 111/أ)] أو قام وصي الأصاغر منهم، والأكابر أو بعضهم غياب، فطلب القائم القسم؛ لم يقسم للغائب إلا الإمام، ويوكل بذلك ويوقف ما صار له عند أمين، وليس لوصي الأصاغر إن حضر أن يقول: أبقوا[2] حظ الغائب بيدي، ولا يقسم الوصي بين الأصاغر، حتى يرفع إلى الإمام ويراه نظراً، وإن كان معه أكابر أحببت رفعه أيضاً إلى الإمام[3].

قال سحنون: يقسم الوصي بين الأصاغر؛ دون الإمام[4].

قال ابن القاسم: فإن قاسم الوصي الأكابر دون الإمام؛ جاز إذا اجتهد حضر

=

موافق لما في المدونة.

(1) انظر: انظر: المدونة: 10/48.

(2) قوله: (أبقوا) ساقط من (ف2).

(3) عياض: وقوله: (لا يقسم الوصي على الصغار بينهم ولا يقسم إلا السلطان، إن رأى ذلك خيرا لهم)، وفي الواضحة: تجوز مقاسمة الوصي بينهم، كالأب ولا مدخل للقاضي في ذلك على الوصي. قال فضل: هذا أشبه من قول ابن القاسم، واحتج بمقاسمة اللقيط والحاضن، ومثله ليحيى بن عمر. وقال أَشْهَب: إذا لم يدخل الوصي عليهم مرفقاً فلا أحب أن يقسم، فإن فعل مضى، وإن لم يكن بأمر سلطان. ومثله في كتاب محمد. قال: إذا كانوا صغاراً جاز أن يقسم بينهم الرباع وغيرها، وذكر في الكتاب مقاسمة (الوصي للصغار مع الكبار أنه يمضي على وجه الاجتهاد، وأحب إلي أن يرفعه إلى القاضي، حتى يبعث من يقسم بينهم)، وقال في آخر الكتاب: يجوز أن يقاسم على الصغير الدور والعقار أبوه أو وصي أبيه، وكذلك العُروض وجميع الأشياء، فقوله: على الصغير ظاهره أنه مع أجنبي لا أنه بين محجوريه؛ لذكره أول المسألة: كبيراً، وذهب ابن شَبْلون إلى أن مذهبه في الكتاب مفصل على ثلاثة أوجه: فإن كانوا صغاراً كلهم لم يقسم بينهم، إلا بأمر السلطان. فإن كان معهم كبار استحب له استئذان السلطان في مقاسمتهم مع الكبار، فإن لم يفعل مضى، فإن كانت مقاسمة الصغار مع أجنبي جازت له المقاسمة دون استئذان. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2460، وما بعدها.

(4) انظر: منتخب الأحكام، لابن أبي زمنين: 1/427.

الأصاغر أو غابوا، وما صار لكل صغير بقسم وصي، أو قاض مع أكابر بقي بحاله لا يخلط أنصباؤهم بعد ذلك.

وقال في الحالفة: لتقاسمن أخويها، أحب أن يلي ذلك الإمام يأمر به رجلاً؛ للدلسة في الحنث[1].

ووصي الأم؛ لإنفاذ ثلثها لا يكون وصياً على ولدها، ولو أوصت بهم إليه؛ لم يجز قسمه عليهم، إلا أن يكون[2] المال الذي ورث الولد عنها، لا ينزع منه إن كان قليلاً، والولد لا أب له استحسنه مالك، وليس بقياس ولا يكون وصي العم، أو الجد أو الأخ وصياً في يسير مال ولا كثيره، والأم بخلافهم إذْ لها الاعتصار في الهبة[3].

ويقسم الأب على ابنه الصغير الربع، والعقار وغيره.

مالك: ذلك بمورث عن أمه أو بغير ذلك، ولا تجوز محاباته في ذلك، ولا هبته ولا صدقته، ويرد ما حابى فيه، إلا أن يفوت عينه، فإن فات ذلك وتلف؛ ضمن ذلك الأب إن كان ملياً دون المعطى، فإن كان الأب عديماً؛ رجع على المحابى[4] أو المعطى، فإن أعدما[5] اتبع أولهما يسراً بالقيمة، ومن أدى منهما؛ لم يرجع على صاحبه بشيء، ولو غرم الأب أولاً في ملائه لم يكن للأب، أو للابن على الأجنبي شيء، ولو أيسر الأب أولهما؛ لم يكن للابن تركه، واتباع الأجنبي[6].

ولا يجوز قسم الأب على ابنه الكبير، وإن غاب، ولا الأم على الصغير، إلا أن تكون وصية، ولا الكافر على ابنته المسلمة البكر، كما لا يزوجها.

ويجوز قسم ملتقط اللقيط عليه.

ومن كنف أخاً له صغيراً، أو ابن أخ له احتساباً، فأوصى له أحد بمال، فقام فيه؛ لم

---

(1) انظر: المدونة: 10/33، 34، 103.

(2) قوله: (يكون) ساقط من (ف2).

(3) انظر: المدونة: 10/57.

(4) في (ش): (المتحابى).

(5) في (ش): (أعدم).

(6) انظر: المدونة: 10/55.

يجز بيعه له، ولا قسمه، وكذلك لو وثب على تركة أخيه، وولد أخيه عنده[1] بغير إيصائه، فهو كالأجنبي. [(ش: 111/ب)]

ولا يجوز قسم الزوج لزوجته[2] البكر، ولا قبض مالها، والأب أولى بذلك، وإن دخلت حتى يؤنس رشدها، ووصي الأب فيها بمنزلة الأب، وإن مات الأب، ولم يوص لم يجز قسم الزوج، ولا يقسم ذلك إلا بأمر قاض[3].

في الدين أو الوارث، أو الموصى له يطرأ بعد قسم الميراث، أو يجد أحدهم بحصته عيباً، أو يستحق نصيبه

قال ابن القاسم: إذا قسم القاضي بين الورثة؛ لم يأخذ منهم كفيلاً بما لحق من دين.

وإذا ترك داراً وعليه دين؛ بيع منها بقدره، وقسم باقيها، إلا أن يخرج الورثة الدين من أموالهم، وتبقى لهم الدار فيقسمونها[4].

ومن غير المدونة: ولا يقسم قاض بينهم، حتى يُثبتوا عنده موت الميت، وعدد ورثته، وأنه يملك هذه الرباع كانوا بلغاء، أو فيهم صغير[5] ولا يقضى بالقسم[6] بتقاررهم، وإن كانوا بلغاء كلهم، ولا دين على الميت.

وكذلك لا يقضى بين شريكين في دار يقتسمانها[7]، بتقاررهما حتى يقيما البينة[8]، أنها لهما.

ومن المدونة: وإذا قسم بينهم قاض، وفيهم صغار أوكانوا كباراً، فقسموا

---

(1) في (ن): (عنه).

(2) في (ن): (لزوجه).

(3) انظر: المدونة: 10/60 و61.

(4) في (ن): (يقتسمونها)، وانظر المسألة في: المدونة: 10/38، وما بعدها.

(5) في (ن): (صغار).

(6) في (ش): (القسم).

(7) في (ن): (يقتسما).

(8) في (ن): (بينة).

أنفسهم، ثم طرأ دين لم يعلم به الورثة، أو علموا به وجهلوا أنه يخرج قبل القسم، فالقسم يرد حتى يوفى الدين؛ إن كان ما قسموا قائماً.

فإن أتلف بعضهم حظه- يريد: وأعدم-، وبقى أحدهم حظه بيده، فلرب الدين أخذ دينه مما بيده، فإن كان دينه أقل مما بيده؛ أخذ قدر دينه، وضم ما بقي بيد هذا الوارث إلى ما أتلف بقية الورثة، فكان هو التركة، فينظر إلى ما بقي بيد هذا الغارم، فيكون له، ويتبعهم بتمام مورثه من ذلك كله، فما أكل كل وارث، أو استهلك ضمنه وما باع فعليه ثمنه؛ لا قيمته إن لم يحابِ.

ومن مات[1] بيده منهم حيوان، أو هلك بأمر من الله من عرض، أو غيره؛ لم يضمنه[2].

قال في رواية غير يحيى: ولا يرجع في باقي مال الميت بإرث، ولا يرجع عليه بشيء من قبل الدين[3].

---

(1) في (ف2): (فات).

(2) انظر: المدونة: 10/38 و39.

(3) عياض: ومرة قال: (إنها تنتقض بين من بقي حظه في يده أو شيء منه أو استهلكه أو شيء منه دون من هلك بيده بأمر من الله، فلا يرجع عليه بشيء من الدين والوصية، ولا يرجع هو على سائر الورثة فيما بقي من التركة بعد تأدية الدين)، كما وقع في غير رواية يحيى في المدونة، ونقله أبو محمد في مختصره، وروى أَشْهَب عن مالك أن القسمة منتقضة لحق الله بكل حال، وعند ابن حبيب أن القسمة تنتقض بين جميعهم لحقوقهم إلا أن لمن شاء أن يفك نصيبه بما ينوبه من الدين، إلا أن يكون ما بيد بقية الورثة أو أحدهم تلف بأمر من الله تعالى، فليس له إلا أن يشركهم في ضمانه، وقال أَشْهَب وسحنون: لا تنتقض القسمة جملة، ويُفَضّ ذلك على ما بأيديهم على خلاف بينهما في صفة الفض، فسحنون يقول: ذلك على قيمة ما يوجد بأيديهم يوم الحكم لا على قدر مواريثهم، فيجمع كل ذلك، فما وجب على كل واحد أخذ من يده بمقداره، فبيع للدين، وأَشْهَب يقول: يفض على الأجزاء التي اقتسموا عليها، زادت قيمتها أو نقصت ما كانت قائمة لم تتلف، ولو كان الطارئ غريباً على غرماء أوارثاً على وارث أو موصى له على موص، فهم سواء فإن كانت التركة عيناً أو مكيلاً أو موزوناً لم يختلفوا أن الطارئ إنما يتبع كل واحد بما ينوبه عنده خاصة ولا تنتقض القسمة، وإن كان ذلك عروضاً مختلفة أو حيواناً مختلفاً أو ما لا يخرج للطارئ في سهمه مع كل واحد ما كان يجب له في القسم في الجملة، انتقض القسم، قولاً واحداً، وإن كان من العروض المتشابهة، التي

قال أشهب: أما ما يغاب عليه، فهو مضمون عليهم[1].

قال ابن القاسم: وإذا جنى على الرقيق، بعد القسم قبل لحوق الدين، فإذا لحق[2] الدين اتبعوا [(ش: 112/أ)] أجمعون الجاني؛ لانتقاض القسم بلحوق الدين[3].

قال[4] ابن عبدوس عن سحنون: إن الدين إذا لحق؛ لم ينقض القسم، ولكن يكون على جميع الورثة، لا على قدر مواريثهم، فيضر بهم إذ قد يكون أحدهم غبن بقسم[5]، أو تغير سوق ما بيده، فيؤدي أكثر مما بيده، ولكن يقوم ما بيد كل واحد ويقسم عليه الدين[6].

يريد: بقيمته يوم الحكم.

قال ابن القاسم: وإن أقر أحدهم بعد القسمة بدين، فإن كان عدلاً؛ حلف الطالب معه واستحق، فإن قال الورثة: إنما أقرَّ لينقض القسم قيل لهم: فادفعوا أنتم وهو الدين ويتم القسم، وإلا أبطلناه، فإن أخرجوا منابهم[7] من الدين، وأبى المقرُّ إلا نقض القسم، قيل له: إما أخرجت منابك[8] منه، وإلا بعنا عليك فيه ما صار[9] لك بالقسم.

= يخرج له في حقه قبل كل واحد منهما مفرداً، وغير مشترك، فاختلف، هل تنتقض القسمة أم لا؟ على اختلاف قول أصبغ وغيره، في المسألة المتقدمة. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2465، وما بعدها.

(1) انظر: التبصرة، للخمي، ص: 5933.

(2) في (ش): (لحقوا).

(3) انظر: المدونة: 10/40.

(4) في (ن): (وقال).

(5) في (ن): (في القسم).

(6) انظر: النوادر والزيادات: 11/248، 249.

(7) قوله: (منابهم) يقابله في (ش): (منابتهم).

(8) في (ن): (منابتك).

(9) في (ش): (طار).

ولو أقرَّ قبل القسم وحلف معه الطالب؛ لم يجز أن يقسموا[1]، حتى يأخذ رب الدين دينه[2].

قال سحنون: إلا أن يكون المال واسعاً[3]. يريد: مما أبقوا.

وروى[4] عن مالك: أنه وإن كان المال واسعاً، فلا يقسم شيء، إلا بعد قضاء الدين.

قال[5] ابن القاسم: ولو طرأ وارث، أو موصى له بثلث بعد القسم والتركة، عين أو عرض، فإنما يتبع كل وارث بقدر ما صار إليه من حظه[6]؛ إن قدر على قسم ما بيده من ذلك[7].

ولا يتبع الملي بما على المعدم، وليس كغريم طرأ على ورثة، ولكن كغريم طرأ على غرماء، وقد قسموا مال الميت أجمع، وأعدم بعضهم، فلا يتبع الملي إلا بما عنده من حصته في الحصاص.

وتمام هذا في تحاص الغرماء في اختصار التفليس، ولو قسموا دوراً، ثم قدم وارث أو موصي له بثلث؛ نقض القسم كانوا[8] قد جمعوا الدور في القسم، أو قسموا كل دار على حدةٍ.

ولو كان موصى له بدنانير[9]، أو دراهم[10] يحملها الثلث[11] كان كلحوق

---

(1) في (ن): (يقتسموا).

(2) انظر: المدونة: 10/ 43، 44.

(3) انظر: النوادر والزيادات: 11/ 248، والتبصرة، للخمي، ص: 5934.

(4) في (ن): (وروي).

(5) قوله: (قال) ساقط من (ن).

(6) في (ف2): (حقه).

(7) انظر: المدونة: 10/ 44، 45.

(8) في (ش): (كان).

(9) في (ن): (بالدنانير).

(10) في (ش): (بدراهم).

(11) قوله: (الثلث) زيادة من (ن).

الدين، إما أدوه، أو نقض القسم، ولا يجبروا على أدائه من أموالهم، ومال الميت قائم، وما هلك بغير سببهم؛ لم يضمنوه[1].

ولو طاع أكثرهم بأداء الوصية، أو الدين وأبى أحدهم[2]، وقال: انقضوا القسم وبيعوا لذلك، واقسموا ما بقي، فذلك له، ولا يجبر على الشراء، ولو قبلنا قول من أبى نقض القسم وأدى؛ قلنا[3] لمن أبى الأداء: بع من حصتك للدين، أو للوصية؛ لم

---

(1) عياض: وقوله: (إذا اقتسموا دوراً وأرضين ورقيقاً وحيواناً فأتى موصى له بالثلث أو أتى رجل فقال: إنه وارث معهم، قال: إن كانت دراهم وعروضا. فإنما لهذا الموصى له أو لهذا الوارث أن يتبع كل واحد بما صار في يديه من حقه)، واختلف في معنى هذا، فقال أصبغ: معناه أن العروض - هنا - مستوية القيم؛ يريد إذا كان يخرج نصيب هذا الطارئ في عين منها لاستوائها واستواء أنصبائهم في الميراث أو تقاربهم، وإنما يصح كلامه على هذا مثل أن يكونا ابنين أو أخوين وترك الميت ستة أثواب أو أعبدا مستوية القيم، فقسماها ثلاثة، ثلاثة، فهذا الطارئ من موصى له أو وارث، يأخذ ثلث ما بيد كل واحد منهما وذلك ثوب، إذ هو حقه من ميراثه أو وصيته، فحصل له ثوبان، كما حصل لكل واحد منهما، وضعف بعضهم قول أصبغ، وقال: بل أراد - هنا - بالعروض المكيل والموزون الذي له مثل.

قال القاضي: لا وجه لتضعيف قول أصبغ، وهو صحيح بين على... ما فسرناه. وقوله: (وأما الدور والأرضون والجنات، فإن كانوا اقتسموا كل دار على حدة ولم يجمعوها في القسم، فأعطى كل إنسان حقه في موضع واحد، فأرى أن تنقض القسمة حتى يجمع له حقه في كل دار وأرض وجنان كما يجمع لهم، وكذلك لو اقتسموا الدور، فلم يقطع لكل إنسان نصيبه في كل دار ولكن جمع له، فإنهم يقتسمون الثانية فيجمعون نصيبه كما جمع لهم)، فمذهب ابن القاسم أنه (إنما يتبع كل وارث بما صار إليه من حقه)، إن كانت وصية بجزء وإن كانت بعين، فهو كالغريم يطرأ عليهم، وقال أَشْهَب: يكون شريكاً لكل واحد منهم بقدر حقه، إلا أن تكون هذه الأشياء لو قسمت على اجتماعها جمع له حقه فيها في شيء واحد أو اثنين، فيقاسمهم، وهو غير مخالف لقول ابن القاسم على تأويل أصبغ المتقدم، إذا تأمل، وانظر قوله في المسألة الأخرى: (إذا لحق دين أو وصية والوصية دراهم أوكيل من طعام). اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2462، وما بعدها.

(2) عياض: وقوله: (إذا أبى أحد الورثة فسخ القسمة وأدى الدين) أن ظاهره انتقاض القسمة ابتداء لا بالتزامه ما ذكر. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2464.

(3) في (ش): (وقلنا).

يستقم، ولعل ذلك يغترق حظه، إما لحوالة سوق ما بيده [(ش: 112/ب)] وإما لتغابن كان في القسم فرضوا[1] به، فإذا أبى أحدهم، فلابد من نقض القسم.

ولو دعوا إلى نقضه إلا واحداً، قال: أنا أؤدى جميع الدين والوصية[2] عيناً أو طعاماً، ولا أتبعكم بشيء ولا تنقضوا القسم؛ لرغبته في حظه، وقد قسموا ربعاً أو[3] حيواناً أو[4] غيره؛ فذلك له[5].

وإذا اقتسم[6] رجلان حنطة، فأصاب أحدهما بها أخذ عيباً، بعد أن طحنها رد قيمتها، إذ لا يحاط بمثل المعيب، ويرد الآخر الطعام أو مكيلته؛ إن فات، ثم يقتسمان ذلك، وليس له أن يرجع بقيمة العيب في حنطة صاحبه، فيدخله التفاضل في الطعام.

والقسم في وجود العيب، أو الاستحقاق كالبيع.

ومن ابتاع داراً أو نخلاً، فاستحق بعضها أو وجد بها[7] عيباً، فأما اليسير كبيت من دار عظمى، أو نخلات يسيرة من كثيرة، فلا يرد ويرجع بحصته من الثمن، وإن كان كثيراً؛ رد البيع، وكذلك القسم.

والدار والدور فيما يستحق، أو يكون به عيب في الصفقة يختلف[8]، فيكون ما

---

(1) في (ف2): (رضوا).

(2) في (ف2): (أو الوصية).

(3) في (ن): (و).

(4) في (ن): (و).

(5) انظر: المدونة: 10/46 و47.

عياض: ومذهب ابن القاسم في مسألة لحوق دين أو وصية بمعين على تركة، وقد اقتسم الورثة جميعها، إذا قال واحد منهم لا أنقض القسمة، وأنا أؤدي جميع الدين أو الوصية ولا أتبعكم لاغتباطه بحظه أن ذلك له ولا تنتقض القسمة)، وكذلك قال: إذا تطوع جميعهم بإخراج المال من عندهم، فهذا كله يدل أن ابن القاسم يرى أن تنتقض القسمة عنده؛ لحقوقهم وهو قوله في أكثر مسائله أن نقضها وإمضاءها حق للورثة أو لمن له في نقضها حق. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2465.

(6) في (ن): (قسم).

(7) في (ن): (به).

(8) في (ش): (مختلف).

يكثر من الدار الواحدة؛ ضرراً فيها، لا يكون كدور يستحق منها داراً[1]، أو يوجد بها عيب حتى يكون[2] جلَّ الصفقة.

وتمام ذلك مذكور بعد هذا.

وأما إذا[3] قل المستحق أو المعيب في القسم؛ لم يرجع في عين ما بيد الآخر، وإن لم يفت، ولكن بقيمة ما ينوبه فيه ثمناً، فأما إن كثر؛ فإنه ينقض القسم كله، ويرد من فات ما بيده القيمة.

وإن قسما داراً فوجد أحدهما[4] عيباً بحصته؛ فله رد القسم، ولو وجده بعد أن بنى، أو هدم فذلك فوت.

ويرجع بنصف قيمة العيب ثمناً[5].

قال ابن عبدوس: قال سحنون: لم يحملها محمل البيع، ولا محمل القسم.

وقال ابن عبدوس:[6] كأنه يقول: ليس البناء فوتاً، إذا ظهر على عيب، ولكن يكون شريكاً بالبناء كما قيل في صبغ الثوب[7].

وهذا محمل البيوع والقسمة، ليس فيها فوت، ويرجع فيه على كل حال.

قال ابن القاسم: ولو قسما دوراً ورقيقاً، فوجد[8] أحدهما ببعض ذلك عيباً، فإن كان وجه ما نابه وأكثره؛ رد الجميع وابتدآ بالقسم[9]، فإن فات ما بيد صاحبه؛ رد قيمته وقت سمى تلك القيمة، مع الحاضر المردود.

---

(1) قوله: (يستحق منها دارا) يقابله في (ن): (تستحق منها دار).

(2) في (ن): (تكون).

(3) في (ش): (إذا).

(4) في (ن): (أحدهم).

(5) انظر: المدونة: 10/63، 64.

(6) قوله: (قال سحنون لم يحملها محمل... وقال ابن عبدوس:) ساقط من (ن).

(7) انظر: النوادر والزيادات: 11/247.

(8) قوله: (ورقيقا فوجد) يقابله في (ش): (ورفيقا فوجدا).

(9) قوله: (وابتدآ بالقسم) يقابله في (ش): (وابتدئ القسم).

والفوت في الربع البناء والهدم، والحبس والهبة والبيع، وليست[1] حوالة الأسواق فوتاً في ذلك، وإن[2] كان المعيب الأقل رده، ولم يرجع في الرباع، وإن لم يفت إذ[3] لم[4] ينتقض القسم، ولكن إن كان قدر عشر قيمة ما بيده؛ رجع على صاحبه بنصف عشر قيمة ما أخذ ثمناً، ثم يقسمان[5] هذا المعيب.

ولو صار له في قسم التراضي أصناف من دور، ونخل وحيوان، والآخر[6] عروض وعطر وجوهر، فأصيب بصنف من ذلك عيب، فإن كان وجه ذلك رده وغيره، وإلا رده وحده، كالبيع[7].

ولو قسم عشرين داراً بالسهم، فوقع لكل واحد عشر أدؤر[8]، فاستحقت واحدة أو كانت معيبة، فإن كان[9] جلُّ ما بيد من وقعت له وأكثره [(ش: 113/أ)] ثمناً؛ انتقض القسم، وإن لم تكن جله، فإن كانت قدر عشر نصيبه، وقد[10] استحقت؛ رجع بنصف عشر قيمة، ما بيد الآخر ثمناً، ولا يرجع فيه، وإن كان قائماً[11].

---

(1) في (ن): (وليس).
(2) في (ن): (إن).
(3) قوله: (يفت إذ) يقابله في (ن): (تفت إذا).
(4) في (ف2): (لا).
(5) في (ن): (يقتسمان).
(6) في (ن): (وللآخر).
(7) انظر: المدونة: 10/63، 64.
(8) قال الجوهري: الهمزة في أَدؤر مبدلة من واو مضمومة قال ولك أَن لا تهمز. والصحاح، للجوهري: 2/660.
(9) في (ن): (كانت).
(10) في (ش): (فقد).
(11) عياض: وقوله: (فإن كان المستحق عشراً أخذ من يد صاحبه قيمة عشر ما بيد صاحبه)، وأصل قوله في ذلك أنه إنما يرجع بقيمة نصف ذلك مثل الجزء المستحق منه مما بيد صاحبه لا بنصف قيمة الجزء من نصيبه؛ إذ قد تكونمقاسمتهما على مراضاة ومغابنة، وقال في مسألة (العيب يوجد فيما قسم إن كان الذي وجد به العيب أقل من ذلك، فإن كان السبع أو الثمن رجع إلى قيمة ما بيد أصحابه، وأخذ منهم قيمة نصف سبع ذلك أو نصف ثمنه ذهباً أو ورقاً، ولم يرجع في شيء مما بأيديهم)، وهذا =

قال: وإن كان إنما وجد بها عيباً؛ فليردها ويرد الآخر عشر قيمة ما بيده، ثم يكون ذلك مع الدار المعيبة بينهما؛ إذا[1] لم[2] ينتقض القسم[3].

واستحقاق دار من دور، أو ثوب من ثياب في البيوع، تفارق الدار الواحدة للضرر في باقيها، إلا أن لا يضره ذلك في باقيها، والنصف والثلث فيها كثير، فإما رد البيع أو رضي بباقيها بحصته.

وفي التدليس والاستحقاق تمام هذا.

وأما في القسم فلا ينقض[4] القسم، إلا باستحقاق جلّ نصيبه، حتى يضر به في باقيه.

ولو قسما داراً بينهما بالسواء، فأخذ[5] هذا ربعها من مقدمها، والآخر ثلاثة أرباعها من مؤخرها، فاستحق نصف نصيب أحدهما؛ لم ينتقض القسم، ورجع على

= نحو ما تقدم.

قال القاضي: فبحسب اختلاف هذه الألفاظ والأجوبة في هذه المسائل ما اختلف فيها المتأولون، وحار فيها المتأملون، وكثر فيها كلام المدققين، وتعارضت فيها مذاهب المحققين، فذهب مشايخ القرويين إلى أن ذلك كله تفريق بين البيع والقسمة، فمذهبه المعلوم في البيع أن الثلث فزائداً كثير يرد منه، وأن القسمة على ثلاث درجات، تستوي فيها مع البيع في اليسير الذي لا يرد منه، وذلك الربع فما دونه، وفي الجل الذي يرد منه البيع، ويفسخ القسم ويفترقان في النصف والثلث ونحوهما، فلا يفسخ عندهم في استحقاق النصف أو الثلث ويكون بذلك شريكاً فيما بيد صاحبه لكن ينتقض قوله هذا بقوله في مسألة (الدار التي أخذ أحدهم ربعها) - على رواية الأكثر -: أنه إذا استحق نصف ما بيده إنه يرجع بقيمة ربع ما بيد صاحبه، وقد استحق من يده النصف مما أخذ ولم يجعله شريكاً، ولا أوجب له به الرد، وعلى الرواية الأخرى: "يكون شريكا بربع ما بيده"، يستقيم كلام هؤلاء، ولعلها روايتهم. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2487، وما بعدها.

(1) في (ن): (إذا).

(2) زاد بعده في (ف2): (يكن).

(3) انظر: المدونة: 10/78، 79.

(4) في (ن): (ينتقض).

(5) في (ن): (وأخذ).

صاحبه بربع قيمة ما بيده[1].

وإن استحق الربع؛ رجع بقيمة الثمن.

وقال في باب آخر: وإن قسما[2] داراً أو أرضاً أو أراضي، فبنى أحدهما أو غرس، ثم استحق نصف نصيبه، فتلك العمارة فوت[3].

وكذلك إن استحق[4] نصف نصيب الذي لم يبنِ، فالبناء والغرس فوت، وليرد الذي لم يبنِ ما بقي بيده[5]، ويرد الذي عمر قيمة جميع حظه؛ لفوته بالعمارة، ويقتسمان ذلك كله إن كان ما استحق كثيراً، ولو كان الاستحقاق في نصيب الذي عمر، فإما دفع المستحق إليه قيمة ما عمّر قائماً، وإلا دفع هذا إليه قيمة أرضه، إذ ليس بغاصب ونظر، فإن كان ذلك كثيراً؛ رد قيمة ما بقي مما لم يستحق، ورد الذي لم يعمر ما بيده، وكان ذلك بينهما، وإن كان الذي استحق قليلاً، لم[6] ينتقض القسم، فإن كان الربع رجع بقيمة ثمن ما بيد الآخر من كان منهما.

هكذا أشار ابن القاسم في أول هذه المسألة في استحقاق ما ذكرنا من يسير، أو كثير من نصيب الذي عمر، أو نصيب الذي لم يعمر، ثم كرر الكلام فقال: إن استحق

---

(1) عياض: وأما إن استحق من الدار الواحدة أو الدارين أو الدور الكثيرة أو ما فيه ضرر وليس بالجل، ففيه اضطربت أجوبته، فقال (في دار اقتسماها فأخذ أحدهما ربعها من مقدمها، والآخر ثلاثة أرباعها من مؤخرها واستحق من صاحب الربع نصف ما في يديه: إنه يرجع على الذي أخذ ثلاثة أرباع الدار بقيمة ربع ما في يديه)، كذا في أصول شيوخنا وروايتنا، وتم الجواب فيها، وعليه... اختصر أكثرهم، وفي بعض النسخ - وهي رواية ابن الشيخ عن وهب بن ميسرة - يرجع بربع ما في يديه، إلا أن يكون فات، فيكون عليه قيمة ربع ما في يديه، ثم ذكر في الكتاب (أنه إذا كان الاستحقاق نصف ما بيد صاحب الثلاثة الأرباع، فعلى هذا يحمل، قال: وهو مثل قول مالك في البيوع). اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2479.

(2) في (ن): (اقتسما).

(3) انظر: المدونة: 10/76، 77.

(4) قوله: (نصف نصيبه فتلك العمارة فوت وكذلك إن استحق) ساقط من (ش).

(5) قوله: (بيده) زيادة من (ن).

(6) في (ش): (ثم).

يسيراً مما بيد الذي عمر رجع على صاحبه، بنصف قيمة ما قابل ذلك مما بيد صاحبه ثمناً.ثم قال: وانظر أبداً إلى ما يستحق، فإن كان كثيراً، كان له أن يرجع بقدر نصف ذلك، فيما بيد صاحبه شريكاً فيه، إن لم يفت، وفي اليسير يرجع بنصف قيمة ذلك ثمناً، من دنانير أو دراهم، وكذلك في العبيد في اليسير يرجع، بنصف قيمة ذلك ثمناً، وفي الكثير يكون به شريكاً لصاحبه، فيما بيده في القسم، وأما في البيع، فيرجع في اليسير بحصته من الثمن[1].

وفي الكثير يرد الجميع ويأخذ الثمن، أو قيمته إن كان عرضاً قائماً، ويفيت هذا العرض[2] حوالة الأسواق فأعلى.

وإن قسما عبدين، فأخذ هذا عبداً وهذا عبداً، فاستحق نصف أحدهما، ففيما استحق ربع كان له، وربع عاوض به من ربع العبد الآخر، فيرجع بعوضه وهو ربع العبد الآخر[3]إن كان قائماً، أو بقيمة ربعه يوم قبضه إن فات، وحوالة الأسواق فيه فأعلى فوت، لأنه كالثمن، ولما[4] استحق نصف ما صار إليك[5]، لم يكن لك رد باقيه؛ بخلاف مبتاع عبد يرده باستحقاق أيسره؛ لضرر الشركة فيه من منع السفر والوطء في الأمة، لأنهما في قسمة العبدين؛ لم يبع أحدهما من الآخر عبداً كاملاً، فيكون ضرر الشركة بالاستحقاق حجة له في رد باقيه، لأنهما على ضرر الشركة كانا، ولو جعلت ذلك له حجة، لم أردهما إلا إلى ضرر الشركة، وصار[6] كمبتاع عبدين متكافئين، يستحق أحدهما أو مبتاع لدور أو سلع لا ترد[7] في ذلك الصفقة إلا

---

(1) انظر: المدونة: 10/77.

(2) في (ن): (ويفوت).

(3) قوله: (فيرجع بعوضه وهو ربع العبد الآخر) زيادة من (ن).

(4) في (ش): (وأما إن).

(5) في (ش): (إليه).

(6) في (ن): (فصار).

(7) في (ش): (يرد).

باستحقاق أكثرها[1].

قال ابن عبدوس: جعل كل واحد منهما، يضمن ما بيده أن لو مات عبد أحدهما، واستحق عبد الآخر، فجعل[2] من مات بيده، يغرم للآخر نصف قيمة الميت يوم قبضه، مثل من باع عبداً بعبد.

وقال أشهب وسحنون: ليس كالبيوع؛ لضمان المبتاع [(ش: 113/ب)] ما ابتاع، وهذا لا يضمن ما قسم[3].

وروى أشهب عن مالك في ثلاثة إخوة، قسموا[4] ثلاثة أعبد، فأخذ كل واحد عبداً، فمات عبد أحدهم، واستحق عبد الآخر، فإن من استحق ما بيده يرجع في العبد الباقي بثلثه، ولا شيء للذي مات العبد بيده، ولا عليه.

قال سحنون: لأنه لو طرأ دين؛ لم يضمن منه شيئاً، ولا يرجع إخوته عليه بشيء فيما يؤدون[5].

قال ابن القاسم: فإن اقتسما عشرين شاة، فوقع لهذا خمسة عشر، ولهذا خمسة بالقيمة، والسهم؛ فذلك جائز، فإن استحقت شاة من يد أحدهما؛ لم ينتقض القسم ونظر، فإن كانت قدر نصف ما بيده؛ رجع على أخيه بربع ما في يديه، إن[6] لم يتغير، وإن[7] حال أو تغير؛ رجع بربع قيمة ذلك، وإن استحق جل[8] ما صار لأحدهم؛ انتقض القسم.

وإن اقتسما جاريتين، فأخذ كل واحد واحدة، فاستحقت جارية أحدهما بعد أن

---

(1) في (ف2): (أكثرهما)، وانظر المسألة في: المدونة: 10/69.

(2) في (ن): (فيجعل).

(3) في (ن): (قاسم).

(4) قوله: (ثلاثة إخوة قسموا) ساقط من (ن).

(5) انظر: النوادر والزيادات: 11/243، 244.

(6) في (ش): (وإن).

(7) في (ن): (فإن).

(8) في (ش): (رجل).

أوْلدَها، فلربها أخذها وقيمة ولدها، ويرجع هذا على أخيه بنصف الجارية الأخرى؛ إن لم تفت، فإن فاتت بتغير[1] بدن أو سوق، أو بغير ذلك من الفوت؛ أخذ منه نصف قيمتها[2].

وهذا[3] مما رده سحنون، لأنه جعله يضمن ما تغير، أو مات بيده لصاحبه، وهو بخلاف البيع في الضمان[4].

قال ابن القاسم: والموصى له بالثلث إذا قاسم الورثة، فأخذ ثلث الربع فبناه، ثم استحق ما بيده، فللمستحق أن يعطيه قيمة بنائه- يريد: قائماً يومئذ-، وإلا أعطاه هذا قيمة أرضه براحاً، وليس للباني ما أنفق، ولكن[5] قيمته-يريد: اليوم- وإن نقص[6] ذلك، عما أنفق بحوالة سوق؛ لم يرجع بنقص ذلك على الورثة، ولا على غيرهم.

وينتقض القسم ويرجع، فيقاسمهم ما بأيديهم من الربع، إلا أن يفوت ببناء أو بيع، فيرجع عليهم بقيمة الرباع يوم قبضوها، فيقسمون[7] تلك القيمة[8].

قال سحنون: ليست[9] على الأصل[10].

---

(1) في (ن): (بتغيير).

(2) انظر: المدونة: 79/10.

عياض: كذلك قال في مسألة الخادمين: (من شراء أو ميراث فتستحق إحداهما يرجع على صاحبه في الجارية إلا أن تفوت، فعليه نصف قيمتها يوم قبضها)، فهذا كله يدل على أنه ضامن لما ورثه وأمر سحنون بطرح لفظة: أو بيع، وقال: إذا باعوا فعليهم الثمن، وبه قال قبل هذا: إذا أصاب عيباً ما وفات ما أخذ أصحابه ببيع ردوا الثمن. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2494.

(3) قوله: (وهذا) زيادة من (ن).

(4) انظر: النوادر والزيادات: 244/11.

(5) في (ن): (لكن).

(6) في (ش): (نقض).

(7) في (ن): (فيقتسمون).

(8) انظر: المدونة: 82/10 و83.

(9) قوله: (ليست) ساقط من (ن).

(10) انظر: النوادر والزيادات: 245/11.

قال ابن القاسم: ولو فات ذلك بهدم، لم[1] يكن له غير ثلث ذلك مهدوماً،[2] مع ثلث النقض، وإن بيع من النقض شيء، فله ثلث ثمنه أيضاً[3].

قال أبو محمد[4]: في هذه المسألة ما ذكرنا فانظر قوله: أو بيع، فليرجع عليهم بقيمة الرباع، ثم قال: إن هدم النقض وبيع، فإنما يردون[5] الثمن[6].

وقال قبل هذا فيمن أصاب ببعض ما أخذ عيباً، وهو جل ما بيده فرده: فإن ما أخذ أصحابه إن فات ببيع ردوا[7] القيمة[8].

فانظر: ما الفرق بين ذلك؟

وقال سحنون: ليست على الأصل[9].

---

(1) في (ش): (ولم).

(2) زاد بعده من(ش): (وما).

(3) انظر: المدونة: 10/83.

عياض: وذكر في مسألة (الموصى له بالثلث يستحق ما في يديه: إنه يأخذ ثلث ما بأيدي الورثة، إلا أن يفوت ببيع أو بنيان فيرجع بالقيمة، ولم ير الهدم فيها فوتاً، وقال: يقال له: خذ ثلثها مهدومة وثلث نقضها، ولا شيء عليهم في نقض الهدم)، ففرق - هنا - بين البناء والهدم. قال سحنون: هذا اختلاف من قوله، ومذهب سحنون أن القسمة لا يضمن فيها ما كان بأمر من الله ولا من سببه من بيع أو هبة أو عتق وإنما يطلب ثمن المبيع وعين العبد، فيشارك بما يصيبه فيه إن كان موهوباً وبقيمة ما يجب له من الشقص، يقوم على معتقه إن كان معتقاً، وأَشْهَب يضمنه بكل ما يكون من سببه، ولا يضمنه بما كان من السماء، وهو نحو قول ابن الماجشون، وهذا في طرو الاستحقاق، وقال ابن أبي زمنين: جعل ابن القاسم مرة البيع والهدم فوتاً في المقسوم ومرة لم يجعله فوتاً والأشبه بأصولهم كونه فوتاً، وسحنون لا يرى الهدم ولا البناء ولا البيع فوتاً. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2494، 2495.

(4) قوله: (أبو محمد) زيادة من (ف2).

(5) في (ش): (يرد على).

(6) انظر: المدونة: 10/83.

(7) في (ش): (رد).

(8) انظر: المدونة: 10/78.

(9) انظر: النوادر والزيادات: 11/245.

وأما مسألة الدور: يستحق نصف نصيب هذا[1]، أراه إنما عطف الجواب على قوله أخرى إن كان ما استحق كثيراً؛ لأنه في مسألة الدار، لم يجعل النصف ينتقض[2] به القسم.

وكذلك مسألة العبدين، لأنه ليس بجل الصفقة، إذ لو ابتاع عبدين متكافئين فاستحق أحدهما أورده بعيب، أنه لا يرد الباقي، وليس يحمل[3] في القسم، في استحقاق نصف دار، أوجزء[4] من عبد محمل البيوع، لأن هذين على ضرر الشركة كانا، وذلك كشراء أشياء[5] في صفقة يستحق أحدها[6]، وكذلك قال في مسألة العبدين.

وأما مسألة الغنم: فأراه إنما أرجعه في غنم صاحبه، باستحقاق شاة قيمتها نصف ما بيده، لأن سهم صاحبه يحتمل القسم بلا ضرر، فصارت[7] كالطعام، وأما الدور والعبيد، فبخلاف ذلك، والله أعلم.

وقد جرى في اختصار العيوب، والاستحقاق والشفعة مسائل من استحقاق بعض الصفقة.

وقد نقلت من كتاب القسم مسائل إلى البيوع الأول منها بيع الطعام المغلوث والتبادل به، وبيع نخل [(ش: 114/أ)] بنخل فيهما، أو في أحدهما ثمر أو لا ثمر فيهما، وفدان كراث بمثله، ومن باع نصيباً مجهولاً من دار ونقلت إلى غيره، فيمن[8] ابتاع داراً فهدمها، ثم استحقت أو عبداً فباع نصفه، ثم استحق ربعه.

---

(1) في (ن): (أحدهم).

(2) في (ن): (ينقض).

(3) في (ن): (محمل).

(4) في (ن): (وجزء).

(5) في (ف2): (شيئين).

(6) في (ف2): (أحدهما).

(7) قوله: (فصارت) ساقط من (ن).

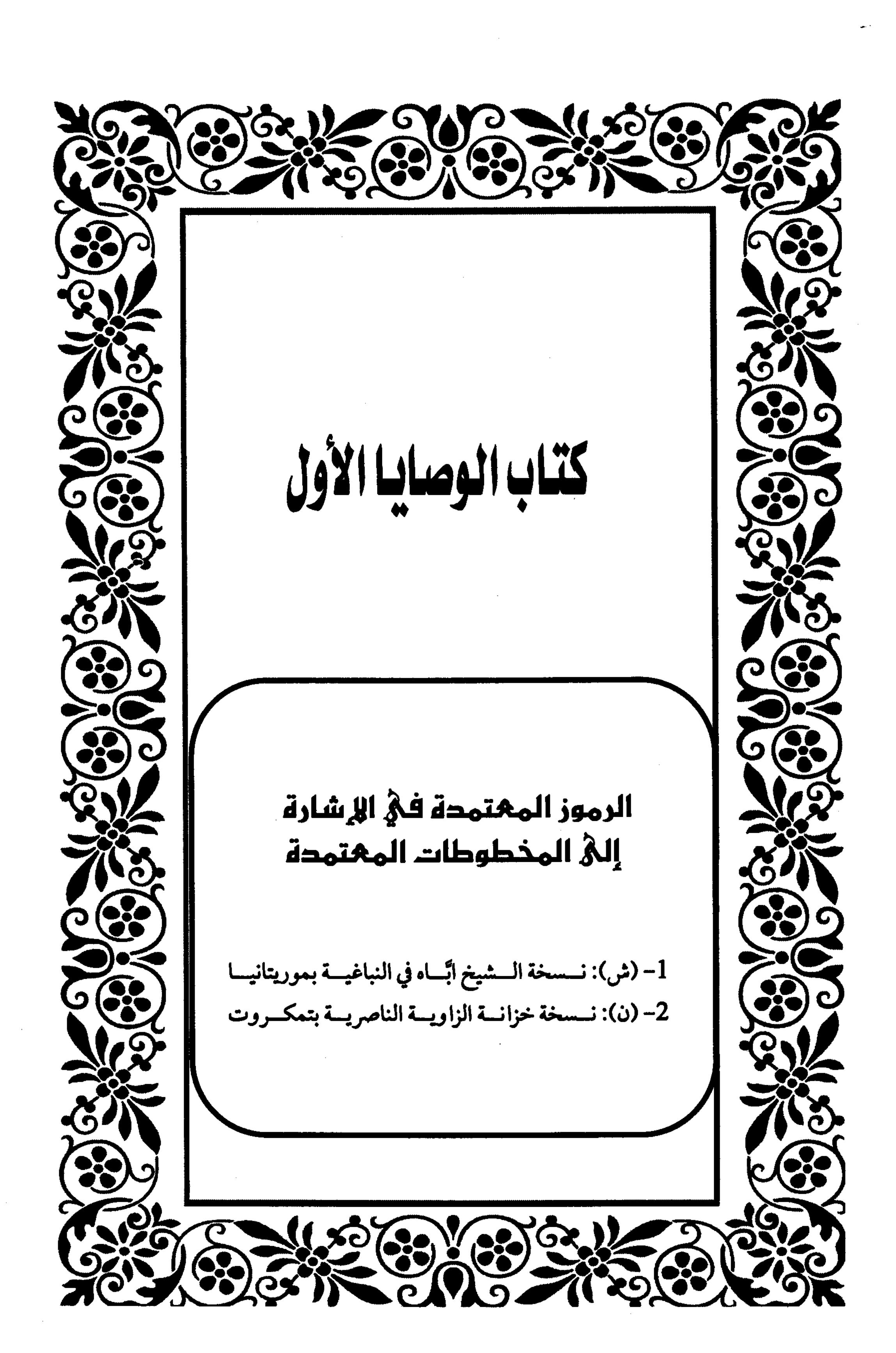
(8) في (ن): (فمن).

ونقلت منه إلى اختصار الأقضية مسائل من القضاء بالمرفق، ونفي الضرر وأرزاق القضاة، والقسام والقضاء على الغائب، والبناء في العرصة المعارة.

تم كتاب القسم بحمد الله وعونه







كتاب الوصايا الأول

الرموز المعتمدة في الإشارة إلى المخطوطات المعتمدة

1- (ش): نسخة الشيخ ابَّاه في النباغية بموريتانيا

2- (ن): نسخة خزانة الزاوية الناصرية بتمكروت



كتاب الوصايا[1]

جامع القول في الوصية وأحكام الوصي ومن يليه والقضاء والدعوى والشهادات في ذلك وإقرار الوارث[2]

إن الله سبحانه أذن في الوصية في كتابه، فقال سبحانه: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ﴾ [سورة النساء آية: 11].

وأبان الرسول ﷺ أن الوصايا مقصورة على الثلث، في قوله لسعد: **«الثلث والثلث كثير»**[3].

وحض على الوصية بقوله عليه السلام: **«ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه[4]، يبيت ليلتين إلا ووصيته[5] عنده مكتوبة»**[6]، فليس[7] ينبغي لمن له ما[8] يوصي فيه، أن يدع الوصية، وإذا كتب وصيته[9] قدم ذكر التشهد، وكذلك فعل الصالحون[10].

---

(1) قوله: (كتاب الوصايا) يقابله في (ن): (اختصار كتابي الوصايا).

(2) قوله: (وإقرار الوارث) يقابله في (ن): (كله).

(3) متفق عليه، أخرجه البخاري: 3/1007، في باب الوصية بالثلث، من كتاب الوصايا، برقم: 2593، ومسلم: 3/1250، في باب الوصية بالثلث، من كتاب الوصية، برقم: 1628.

(4) زاد بعد في (ن): (أن).

(5) في (ش): (وصيته).

(6) متفق عليه، أخرجه البخاري: 3/1005، في باب الوصايا وقول النبي ﷺ: وصية الرجل مكتوبة عنده، من كتاب الوصايا، برقم: 2587، ومسلم: 3/1249، في أول كتاب الوصية، برقم: 1627، ومالك: 2/761، في باب الأمر بالوصية، من كتاب الوصية، برقم: 1453.

(7) في (ن): (وليس).

(8) في (ن): (مال).

(9) في (ن): (الوصية).

(10) عياض: في كتاب الوصايا الأول ذكر في الحديث الوارد في الوصية: "ما حق امرئ مسلم يبيت =

قال ابن القاسم، قال مالك: ولا يجوز من موصٍ[1] أكثر من ثلثه، فإن عال[2] جاز منه الثلث، وليس كزيادة ذات الزوج على الثلث في عطائها[3] في الصحة، فيرد الزوج جميعه في قول مالك، لأنه من الضرر[4].

وأما في الوصية، فيرد ما زاد على الثلث فقط، إلا أن يجيز الورثة للميت فيجوز أو

=

ليلتين إلا ووصيته عنده مكتوبة"، وفي رواية غير مالك: "يريد أن يوصي"، وفي رواية الزهري: "يبيت ثلاث ليال" حمل ذلك عامة العلماء على الندب والتحضيض، وقال أهل الظاهر: هو على الوجوب؛ لقوله: (ما حق امرئ... مسلم).

ومعناه عند الكافة: لا ينبغي له لاأنه حق عليه، وإنما... هو حق له. وفي قوله: (يريد أن يوصي) وصرف ذلك إلى إرادته دليل على غير الإيجاب، إلا لمن عليه تبعات من حقوق الله أو الآدميين، فواجب عليه الإشهاد.

وقال بعضهم: إنما تجب عليه الوصية في ذلك فيما له بال وجرت العادة فيه بالإشهاد من حقوق الناس.

وأما اليسير من ذلك وما يجري بين الناس من المعاملات، فلو تكلف الإنسان الوصية به كل يوم وكل ليلة مع تجدده لكلف شططا، وقال بعضهم: الحديث على العموم في الصحيح والمريض وخصه بعضهم بالمريض.

ومعنى قوله عند العلماء (مكتوبة)؛ أي مشهود عليها، وأما إن لم تكن بإشهاد، فلا تمضي. قال القاضي: ومعناه إذا كتبها ليشهد فيها، وأما لو كتبها بخطه، وقال: إذا مت، فلينفذ ما كتبت بخطي فلينفذ ذلك إذا عرف أنه خطه ما لو أشهد، ولصحة الوصية ثلاثة شروط: العقل، والحرية، وصحة ملك المال الموصى فيه، فالعقل المشترط فيها: هو ما يصح به التمييز بما يوصي به، فلا تصح من مجنون ولا سكران ولا صبي صغير لا يعقل ولا مبرسم، ولا تصح من عبد؛ لأنه لا يملك ماله حقيقة ولا يتصرف فيه إلا بإذن غيره، ولا له فيه معروف، وإن كان مأذوناً، والوصايا من باب المعروف، ولا تصح ممن لا يملك التصرف بالمعروف في ماله من الأحرار من المستغرقي الذمم بحقوق غيرهم؛ إذ المال لغيرهم ولا وصية لموص في مال غيره ومن عدا هؤلاء الثلاثة من ذكر أو أنثى، بالغ أو غير بالغ، رشيد أو سفيه محجور عليه أو مطلق، فوصاياه نافذة. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2525، وما بعدها.

(1) قوله: (من موص) يقابله في (ن): (لموص).

(2) عياض: وعال على الثلث؛ أي زاد. اهـ. انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2547.

(3) في (ش): (إعطائها).

(4) انظر: المدونة: 10/ 171، 172.

يجيز بعضهم، فيجوز[1] حصته ولا رجوع لمن أجاز منهم.

قال في الثاني: فإن أجازوا له قبل موته في مرضه[2] عندما استأذنهم ثم رجعوا بعد موته، فمن كان عنه بائناً من ولد، أو أخ، أو ابن عم، فليس ذلك لهم، ومن كان في عياله من ولد قد احتلم، أو بناته، أو زوجاته،[3] فذلك لهم، وكذلك ابن العم الوارث إن كان ذا حاجة إليه، ويخاف إن منعه وصحَّ؛ أضرَّ به في منع رِفْدِه، إلا أن يجيزوا بعد الموت، فإنه لا رجوع لهم بعد ذلك، ولا يجوز إذن البكر والابن السفيه، وإن بلغا[4] وإن لم يرجعا[5].

قال ابن شهاب: ليس لوارث أن يرجع بعد أن يأذن للموصي بالزيادة على ثلثه.

قال مالك في الموطأ: إن أذن له ورثته في المرض؛ فلا رجوع لهم، وإن أذنوا له في الصحة؛ فلهم الرجوع بعد موته، لأنهم أذنوا له في وقت ليس لهم في ثلثي المال إذن ولا منع بعدُ[6].

وإن كان ذلك عند سفره، فروي عن مالك أنه مثل المريض[7]، وقاله ابن القاسم. وقال ابن وهب، وأصبغ: هو كالصحيح[8].

قال ابن القاسم في المدونة: ولو أوصى بجميع ماله ووارثه ولد مديان[9]، فأجاز

---

(1) في (ن): (فتجوز).

(2) في (ش): (موضعه).

(3) في (ش): (وزوجاته).

(4) في (ش): (بلغ).

(5) في (ش): (يرجع).

(6) انظر: الموطأ: 2/765، 766.

(7) في (ن): (المرض).

(8) انظر: النوادر والزيادات: 11/369.

(9) عياض: وقوله (لو أن رجلا أوصى بماله كله ووارثه واحد مديان، فأجاز الوصية وأبى غرماؤه، ذلك لهم في رأيي)، فرأى التنفيذ كالهبة والعطية، وذهب ابن العطار إلى أنه ليس بمعنى ابتداء العطية، وإنما هو تنفيذ لفعل الميت. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2585.

ذلك فإن لغرمائه رد الثلثين، وأخذه في دينهم[1].

ومن الأول وللموصي أن يغير وصيته، ويرجع، ويزيد وينقص، أوصى في صحة، أو مرض بعتق، أو بغيره.

وإذا كتب وصيته وأقرها عند نفسه، في مرض، أو صحة، أو عند سفر[2]، إلا أنه لم يقل فيها: إن مت من سفري، أو مرضي هذا؛ فهي جائزة مات في ذلك، أو بعده، إذا شهدت عليها بينة[3].

ولو قال لفظاً بغير كتاب، أو بكتاب[4] أقره عنده: إن متُّ من مرضي هذا، أو سفري هذا؛ جازت إن مات فيه، وإن[5] مات بعد البرء أو القدوم؛ لم تجز[6]، إلا أن تكون[7] بكتاب، وإن كان[8] على يدي غيره لم يغيره بعد قدومه أو إفاقته، وأقره حتى مات[9].

---

(1) انظر: المدونة: 10/234.

(2) في (ش): (سفرا).

(3) قوله: (عليها بينة) يقابله في (ن): (عليه بينته).

(4) في (ش): (لكتاب).

(5) في (ن): (فإن).

(6) في (ش): (يجز).

(7) في (ش): (يكون).

(8) قوله: (وإن كان) ساقط من (ن).

(9) عياض: ومسألة من (كتب في وصيته، إذا مت من سفري أو مرضي وأبهم الوصية وقد جعلها على يد غيره أو أبقاها في يده)، جاءت في الكتاب فيها مسائل، يبين بعضها بعضاً، وبعضها فيه إشكال، وبعضها اختلف في تأويله، وبيان ذلك كله وتحقيقه على أصل مذهبه في الكتاب مما يفسر في غيره أنه إذا كان إشهاده في غير كتاب في المبهمة فهي وصية ماضية أبداً لا ينقضها إلا بتغيرها ونسخها، أشهد في مرض أو صحة، فإن أشهد في غير كتاب في المقيدة بسفره أو مرضه، فإن مات في ذلك نفذت من غير خلاف، وإن مات بعد البرء والقدوم بطلت بغير خلاف، وهذا كله منصوص في الكتاب غير مشكل.

فإن كتبها وهي مقيدة فإن جعلها بيد غيره فهي نافذة أبداً بغير خلاف ما لم يغيرها، كذا نص في الباب الأول، فإن أخذها من يد من جعلها على يديه بعد قدومه أو برئه بطلت بغير خلاف، وهذا معنى ما في الكتاب في الباب الثاني، وعليه حمل الشيوخ جوابه هذا فيه في قوله: يوصي في مرضه أو =

سحنون: يريد لم يغيره، ولم ينقضه[1]، فهي نافذة، فإن[2] أخذه منه بعد البرء، أو القدوم فأقره[3] بيده حتى مات؛ فهي باطلة[4]، وإن أشهد عليها[5].

وهكذا[6] ذكر ابن المواز عن ابن القاسم مشروحاً، وقال أشهب: إذا كان في وصيته هذا الشرط، فمات في مرض ثان، أو سفر ثان؛ نفذت، وإن مات في غير مرض،

= عند سفره أن معناه عند الوصية؛ لقوله: (إن مت في سفري أو مرضي)، فإن أشهد في المقيدة ولم يخرجها من يده حتى مات في غير مرضه ذلك أو في غير سفره ذلك، ففي المجموعة لمالك وفي العتبية لابن القاسم... فيها قولان:

أحدهما: جوازها.

والثاني: إبطالها حتى يخرجها إلى يد غيره ويبقيها عنده، والقولان مستخرجان من المدونة، أما إبطالها فمن قوله في الباب الثاني: (وليس لمن يريد أن يجيز وصيته أن يأخذها ولا يجعلها على يد نفسه وإنما تنفذ إذا جعلها على يد غيره)؛ فهذا ظاهر بقوله آخر الكلام: إنما تنفذ إذا جعلها بيد غيره، وبقوله: (إذا أمسكها عند نفسه حتى مات. قال: وصيته جائزة. قال ابن القاسم: وهذا إذا كانت وصية مبهمة لم يذكر فيها من مرضه ولا من سفره)، وما يدل على القول الثاني، فقوله بعد هذا في المسألة بعدها: إذا أوصى، فقال: (إن حدث لي حدث من مرضي هذا أو سفري هذا، فلفلان كذا وكتب ذلك، فبرئ من مرضه أو قدم من سفره، فأقر وصيته بحالها قال: وصيته بحالها ما لم ينقضها فمتى مات فهي جائزة، وإن برئ من مرضه أو قدم من سفره)؛ وهما تخريجان ظاهران على أن محمداً تأول المسألة، أنه أخرجها بيد غيره على القول الأول، ودل على القولين - أيضاً - بقوله في الكتاب: (وإنما اختلف الناس في السفر والمرض) وفيها قول ثالث عن مالك في المجموعة، رواه عنه أَشْهَب وابن القاسم وعلي وابن نافع أنها تنفذ إذا مات من مرض آخر أو سفر آخر ،... قاله أَشْهَب.

قال: والاستحسان أن تنفذ، وإن مات في غير مرض أو سفر. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2531، وما بعدها.

(1) في (ن): (يقبضه).

عياض: ويروى ما لم ينقضها كلاهما صحيح بين؛ لأن قبضها من يد غيره نقضها على ما تقدم. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة: 2536/1.

(2) في (ن): (وإن).

(3) في (ن): (وأقره).

(4) في (ن): (باطل).

(5) انظر: المدونة: 128/10، وما بعدها، و135وما بعدها.

(6) في (ن): (هكذا).

أو في غير[1] سفر؛ [(ش: 114/ب)] لم يجز.

وإن كانت وصيتُه مبهمة؛ فهي جائزة مات فجأة، أو عن مرض، أو عن[2] سفر، أو حضر- يريد وإن كانت وصيته في يديه- من كتاب محمد[3].

قال ابن القاسم في المدونة: وإذا كتب وصيته بغير محضر البينة، ولا قرأها عليهم، فدفعها إليهم وأشهدهم على ما فيها، فإن عرفوا[4] الكتاب بعينه؛ فليشهدوا بما فيه، ولو طبع عليها، ودفعها إليهم؛ جاز أن يشهدوا[5] بما فيها بعد موته[6].

وتجوز وصية السفيه، أو[7] المصاب في حال إفاقته، ولا تجوز في خبله، ولا وصية

---

(1) قوله: (في غير) ساقط من (ن).

(2) قوله: (أو عن) يقابله في (ن): (في).

(3) انظر: النوادر والزيادات: 11/263 و264.

(4) في (ش): (عرفوها).

(5) في (ن): (شهدوا).

(6) انظر: المدونة: 10/134.

عياض: وقول (ابن وَهْب عن مالك: إذا طبع على وصيته ودفعها إلى آخر وأشهدهم أن ما فيه منه ولا تفضوا خاتمه حتى يموت، ذلك جائز) ظاهره أن الكتاب عندهم لم يخرج من أيديهم.

ومسألة ابن القاسم قبله (إذا كتب وصيته ودفعها إلى رجال أشهدهم عليها ذلك جائز، إذا عرفوا أنه الكتاب بعينه)، ظاهره - أيضاً - أنها بقيت عندهم، فإذا كان هذا فهو وفاق بين الروايتين، وقد يحتمل الخلاف وأنه إنها يجيزها في رواية ابن وهب إذا طبع عليها، ويكون معنى الأخرى أنه دفعها إليهم؛ للإشهاد وأمسكها عند نفسه، فيجوز في رواية ابن القاسم، إذا عرفوها، ولا يجوز في رواية ابن وَهْب؛ حتى تكون عندهم مطبوعة، كأنه خشي الزيادة والتغير فيها، فقال أَشْهَب: لا يشهد إذا لم يكن الكتاب عنده وشك في طابعها، إلا أن لا يشك في الطابع.

وقال عبد الملك: ذلك إذا كانت بطابع الشاهد، وأما بطابع الميت فلا؛ لأنه قد يزيد فيها ثم يعيد طبعه. وذهب بعض الشيوخ إلى تصويب هذا كله، وجواز الشهادة به، ولو زاد فيه؛ لأنه إنما أشهدهم على ما فيها وعينها، فكأنه أشهدهم على كل ما كان يزيد فيها ويستقر عليه أمرها، وإليه نحا اللخميّ، وقال غيره: متى كان فيها بياض على الطبع فلا يشهد؛ إذ لا يصح أن يشهد بما لم يشهد عليه ولم يكتب بعد، وإليه نحا أبو عِمرَان. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2538، وما بعدها.

(7) قوله: (أو) ساقط من (ن).

مغلوب على عقله[1].

وتجوز وصية اليفاع[2] ابن عشر سنين وأقل مما يقاربها، إذا أصاب وجه الوصية، وذلك أن لا يكون فيها[3] اختلاط.

وقد أوصى غلام يفاع ابن عشر سنين، أو اثنتي عشرة سنة[4] ببئر قيمتها ثلاثون ألفاً؛ فأجازه عمر، وأجاز أبان بن عثمان وصية جارية بنت ثمان سنين أو تسع[5].

ولا تجوز الوصية[6] إلى ذمي، أو مسخوط، ومن ليس بعدل،[7] ويعزل إن أوصي إليه، فإن أوصى ذمي إلى مسلم، فإن لم يكن في تركته خمر أو خنازير، ولا خاف أن يؤخذ بجزية؛[8] فلا بأس بذلك[9].

وتجوز وصيته[10] إلى مكاتبه، أو عبده، قال: فإن أسند إلى عبده، وفي الورثة أصاغر؛ اشترى لهم حصة الأكابر منه إن باعوا إن احتمل[11] نصيبهم، فإن لم يحتمل[12] نصيبهم ذلك[13] وأضر ذلك بهم؛ باع الأكابر حصتهم منه، وترك حظ[14] الأصاغر، إلا أن يضر ذلك بالأكابر ويأبوا؛ فيقضى على الأصاغر بالبيع معهم، وإن قبل

(1) في (ش): (عقار)، والمثبت موافق لما في التهذيب: 4/ 251.

(2) في (ش): (زاد بعده قوله وابن).

(3) في (ن): (فيه).

(4) قوله: (سنة) زيادة من (ن).

(5) انظر: الموطأ: 2/ 762، والمدونة: 10/ 164، وما بعدها.

(6) في (ن): (الوصايا).

(7) في (ش): (يعدل).

(8) في (ن): (بجزيته).

(9) انظر: المدونة: 10/ 143، 144.

(10) في (ش): (وصايته).

(11) في (ن): (حمل).

(12) في (ن): (يحمل).

(13) قوله: (ذلك) زيادة من (ن).

(14) في (ن): (حصة).

الوصي الوصايا في حياة الموصي، فلا رجوع له بعد موته[1].

وللموصى[2] أن يوصي بما يلي عليه فيكون وصيه بمنزلته، وكذلك وصي وصيه، وإن كانا وصيين فأوصى أحدهما بما إليه من ذلك إلى أجنبي؛ جاز ذلك عند يحيى بن سعيد،وأشهب، وأباه سحنون، وقال: ينظر الإمام[3].

قال ابن القاسم: ويجوز أن توصي المرأة في مالها في إنفاذ وصاياها وعلى دينها، ولا يجوز إيصاؤها بمال ولدها الطفل، كان[4] لهم أب، أو وصي، أو لم يكن؛ إلا أن تكون وصية من أب، وإلا لم يجز.

وقد روي عن مالك: أنه إن كان المال كثيراً؛ لم يجز ونظر فيه الإمام، وإن كان يسيراً نحو خمسين أو ستين ديناراً؛[5] فجائز إسنادها فيه إلى العدل[6].

قال ابن القاسم في كتاب القسم: وذلك من مالك استحسان، وليس بقياس[7].

قال في كتاب الوصايا: وذلك عندي[8] فيمن ليس له[9]أب، ولا وصي، ولا يجيزه غيره، فيما قلَّ أو كثر.قال سحنون: قول غيره أعدل.

ولا تجوز وصية الجد بولد الولد،[10] ولا أخ بأخ[11] صغير، وإن لم يكن له أب ولا وصي، وإن قلَّ المال؛ إلا أن يكون وصياً بخلاف الأم[12].

---

(1) انظر: المدونة: 10/ 143، وما بعدها.

(2) في (ن): (وللوصي).

(3) انظر: المدونة: 10/ 138 و139، والنوادر والزيادات: 11/ 290.

(4) في (ش): (كأن).

(5)زاد بعده في (ن): (فذلك).

(6) انظر: المدونة: 10/ 139، 140.

(7) انظر: المدونة: 10/ 58، 59.

(8) في (ش): (عنده).

(9) قوله: (له) ساقط من (ن).

(10) في (ن): (ولده).

(11) في (ش): (بأخذ).

(12) انظر: المدونة: 10/ 140 و141.

وإذا قال الميت قد كنت[1] كتبت وصيتي وجعلتها عند فلان فأنفذوها وصدقوه؛ فإنه يصدق وينفذ ما فيها.

وكذلك إن قال: قد أوصيته بثلثي فصدقوه؛ جاز وأنفذ ما قال.

فإن قال الوصي: إنما أوصى بالثلث لابني؛ فقال أشهب: يصدق، وقال ابن القاسم: لا يصدق، لأن مالكاً قال فيمن أوصى، فقال: يجعل فلان ثلثي حيث يراه أنه إن[2] أعطاه لولد نفسه، أو لقرابته؛ لم يجز، إلا أن يكون لذلك وجه يظهر صوابه[3].

وإذا لم يزد على أن قال: فلان وصيي[4]، فهو [(ش: 115/أ)] وصي في جميع أمره وإنكاح صغار بنيه، ومن بلغ من أبكار بناته بإذنهن والثيب بإذنها، وفي النكاح إيعاب.

وإن قال: فلان وصيي[5] على كذا لشيء خصه؛ فإنما هو وصي على ما سمى فقط[6].

فإن قال: علي قبض ديوني وبيع تركتي ولم[7] يذكر غير هذا.

قال مالك: فأحب إلي ألا يزوج بناته حتى يرفع ذلك[8] إلى السلطان، فإن لم يرفع رجوت أن يجوز.

قال أشهب: يزوج ولا يرفع[9].

ولو قال: فلان وصي على بضع بناتي، وفلان وصي على اقتضاء ديني أو قضائه، وفلان على مالي؛ كان كذلك، ولو قال: فلان وصيي[10] حتى يقدم فلان فيكون وصياً؛

---

(1) قوله: (كنت) زيادة من (ن).

(2) قوله: (أنه إن) يقابله في (ن): (فإن).

(3) انظر: المدونة: 10/148 و149، والنوادر والزيادات: 11/268.

(4) في (ش): (وصي).

(5) في (ش): (وصي).

(6) انظر: المدونة: 10/137، 138.

(7) في (ش): (لم).

(8) قوله: (ذلك) زيادة من (ن).

(9) انظر: النوادر والزيادات: 11/277.

(10) قوله: (على بضع بناتي، وفلان وصي على... وصي) ساقط من (ن).

فهو[1] كذلك[2].

وإذا أسند وصيته إلى أم ولده على أن لا تتزوج؛ جاز، فإن تزوجت؛ عزلت[3].

وكذلك لو أوصى لها بألف على أن لا تتزوج فأخذتها، فإن تزوجت؛أخذت منها[4].

وإذا أوصى إلى وصيين؛ فليس لأحدهما[5] بيع ولا شراء ولا إنكاح، ولا غيره، دون صاحبه، إلا أن يوكله صاحبه.

وإذا اختلفا؛ نظر السلطان، ولا يقسم المال بينهما، وليكن عند أعدلهما، فإن استويا،[6] جعله الإمام عند أكفئهما.

ولو اقتسما[7] الصبيان؛ فلا يأخذ كل واحد حصة من عنده[8].

ومن غير المدونة، قال[9] أشهب: أكره أن يقتسما المال، وإن فعلا لم يضمنا[10].

قال ابن القاسم: ولا يخاصم أحدهما خصماً للميت إلا مع صاحبه، ومن ادعى على الميت دعوى وأحدهما حاضر؛ خاصمه ويقضى له، ويكون الغائب إذا قدم على حجة الميت[11].

---

(1) في (ن): (فيكون).

(2) انظر: المدونة: 10/ 141 و142.

(3) عياض: وقوله في (الذي يوصي لأم ولده على أن لا تنكح) أجازه في الكتاب، وعلى ما في السليمانية لا يجوز؛ لأنه بيع وسلف. واختلف فيما باعته بم يرجع عليها؟ هل بقيمته أو بثمنه؟ فإن كان شرط عليها إن تزوجت سقط إيصاؤها فهو يسقط بالعقد لا بالدخول. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2543، 2544.

(4) انظر: المدونة: 10/ 153.

(5) في (ش): (مما).

(6) في (ن): (اشتراها).

(7) في (ش): (اقتسم).

(8) انظر: المدونة: 10/ 144.

(9) في (ن): (وقال).

(10) انظر: النوادر والزيادات: 11/ 289.

(11) انظر: المدونة: 10/ 152 و153.

ولا يبيع الوصي عقار اليتامى[1] ولا العبد الذي أحسن القيام بهم، والحوطة لهم، فإن كان لبيع العقار وجه من ملك يجواره فيرغبه، أو ما[2] لا كفاية في غلته، وليس لهم ما ينفق منه عليهم؛ فذلك جائز.

ولا يشتري الوصي من تركة الميت ولا يدس أو يوكل، فإن فعل؛ تعقب ذلك عليه، فإن كان فيه فضل؛ رد وإلا مضى وأرخص مالك في اليسير لوصي يسأله[3] عن حمارين ثمنهما ثلاثة دنانير تسوق بهما في المدينة والبادية، واجتهد[4].

قال في كتاب[5] أكرية الدور: إذا اشترى من مال يتيمه، أو اكترى أرضه؛ أعيد ذلك إلى السوق، فإن زيد فيه؛ بيع وإلا لزمه، فإن فات إبان الكراء نظر، فإن كان فيه فضل؛ غرمه وإلا لزمه الكراء الأول[6].

ومن الوصايا: ولا يبيع الوصي على الأصاغر التركة، إلا بحضرة الأكابر إن كانوا حضوراً أو قريبة غيبتهم ليقدموا، فإن كانوا بأرض نائية[7]، وذلك حيوان أو عرض؛ رفع ذلك إلى الإمام فأمر به[8] من يلي معه البيع للغائب، ولا يجوز تأخيره بالدين دون الأكابر، وإن لم يكن كبيراً فجائز على وجه النظر.

---

(1) قوله: (عقار اليتامى) يقابله في (ن): (عقارا لليتامى).

(2) قوله: (أو ما) يقابله في (ش): (عليه)، وانظر المسألة في: المدونة: 10/146.

(3) قوله: (يسأله) زيادة من (ن).

(4) انظر: المدونة: 10/146و147.

(5) في (ش): (كتب).

(6) انظر: المدونة: 8/273.

عياض: وقوله (فيمن اشترى من مال يتيمه: ينظر السلطان، فإن كان فيه فضل كان لليتامى، وإلا ترك)، ظاهره أنه ينظر فيه الآن، وإن لم يكن فيه الآن فضل، فلا بد من النظر فيه يوم البيع بالقيمة والسداد.

وقال في المجموعة: يعاد إلى السوق. وقال عبد الملك: ينظر فيه الحاكم يوم يرفع إليه. فإن كان سدادا أمضاه وعند ابن كنانة: ينظر فيه يوم الشراء. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2540، 2541.

(7) عياض: وقوله: (البلد النائي)؛ أي البعيد. اهـ. انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2546.

(8) قوله: (فأمر به) يقابله في (ن): (وأمر).

وقد قال مالك في الحالف: لأقضينك حقك، إلا أن تؤخرني: إنه إن مات الطالب يجزئه تأخير الورثة[1] إن كانوا كباراً وتأخير[2] الوصي إن كانوا صغاراً، ولا دين على الميت[3].

قال أشهب: لا يجوز تأخير الوصي[4]، لأنه من المعروف.

قال يحيى: ولا تأخير الغرماء إلا على أن يبرئوا[5] ذمة الميت، ويتبعون الغريم.

قال ابن القاسم: وإذا قال الوصي: قد دفعت إلى الأيتام أموالهم بعد البلوغ والرشد، فأنكروا القبض؛ لم يصدق إلا ببينة، وإلا غرم، ويصدق في الإنفاق عليهم إن تولى هو ذلك منهم في حجره[6]، ما لم يأتِ[7] بسرف[8].

[(ش: 115/ب)] وإن ولى النفقة غيره ممن يحضنهم، من أم، أو أخت، أو غيرهما؛ لم يصدق على دفع النفقة، إلى من يليهم إلا ببينة[9].

---

(1) في (ن): (ورثته).

(2) في (ن): (أو تأخير).

(3) انظر: المدونة: 10/147، 148

(4) انظر: النوادر والزيادات: 4/169.

(5) في (ن): (تبرأ).

(6) عياض: ومسألة (تصديق الوصي في دفعه نفقة اليتامى، فإن ادعى ما يشبه من ذلك صدق فيه).
قال مالك وابن القاسم وأَشْهَب: بعد يمينه، وهذا مما لا يختلف فيه؛ لأن ما يشبه قد يكون أو لا يكون وقد يصدق فيه ويكذب. قال أبو عِمرَان: ولو أراد الوصي أن يحسب ما لا بد منه ولا شك فيه بحال ويسقط طلبه فيما زاد بلا يمين. قال القاضي: لا بد من اليمين؛ إذ قد يمكن أن يستغني الأيتام عن مقدار تلك النفقة التي لا شك فيها أياماً متفرقة أو متوالية لمرض أو سبب أو صلة من أحد وغير ذلك، وهذا ظاهر قول مالك وابن القاسم، في كتاب محمد من قوله: ويحلفها لم يأت بأمر يستنكر. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2544، 2545.

(7) قوله: (يأت) ساقط من (ن).

(8) في (ن): (يسرف).

(9) انظر: المدونة: 10/154.

وقد نقلت في الشهادات القول في شهادة الوصي والوارث والنساء[1] في وصية، أو دين، أو غيره.

وإن شهد وارث[2] بوصية لرجل؛ حلف معه إن كان عدلاً وقضي له، وإن نكل، أخذ من حصة[3] المقر ما يصير عليه من ذلك إن لم يول على المقر، وكذلك على أن هذا الشيء أو العبد لفلان عند أبيه رهناً، أو[4] وديعة، فإن نكل فلان؛ فله نصيب المقر فقط من ذلك الشيء[5].

ومن الثاني: ولو أقر بهذا وعليه دين يغترق مورثه، فإقراره قبل القيام عليه[6] بالدين عليه جائز، ولا يجوز بعد القيام عليه إن أنكر غرماؤه الوصية، وكذلك إقراره بدين على أبيه، أو بوديعة عند أبيه؛ فإقراره جائز قبل قيام غرماء المقر عليه، هذا إن كان المقر له حاضراً؛ فإنه يحلف ويستحق، كالذي يشهد أن هذا الذي في يديه تصدق به على[7] فلان، وتركه له في يدي، فإن كان المشهود له حاضراً؛ جاز ذلك مع يمينه، وإن كان غائباً؛ لم يجز؛ لأن المقر متهم على بقاء ذلك الشيء بيده[8].

---

(1) في (ن): (أو النساء).

(2) زاد بعده في (ن): (لرجل).

(3) قوله: (من حصة) زيادة من (ن).

(4) قوله: (رهنا أو) ساقط من (ن).

(5) انظر: المدونة: 9/26، وما بعدها.

(6) قوله: (عليه) زيادة من (ن).

(7) في (ن): (عن).

(8) انظر: المدونة: 10/234 و235.

عياض: وقوله: (إذا قال هذه ودائع عند أبي أو أقر بدين على أبيه وأكذبه غرماؤه، القول قوله إذا كان إقراره قبل القيام عليه، والمقر له حاضر ويحلف) بين - هنا - ما لم يبين في كتاب المديان، في أن المقر بدين وقد أحاط الدين بماله أنه يحلف المقر له، فمنهم من جعل المسألتين سواء وأنه لا بد من يمينه، كان إقراره على أبيه أو على نفسه لأجل التهمة أن يحابيه بإقراره، وإليه ذهب بعض مشايخنا الأندلسيين، وذهب بعض مشايخ القرويين إلى الفرق بينهما؛ لأن المقر على نفسه ساوى بين المقر له، بينه وبين بقية غرمائه، فلم تلزمه يمين والمقر على أبيه جعل غرماء أبيه مقدمين على غرمائه هو، فكان أقوى في وجوب اليمين، وهذه من يمين القضاء التي يلزمها الحاكم للمحكوم له وإن لم

وفي الوكالات شيء من ذكر دعوى الوصي وتعديه.

وفي التدليس ذكر العهدة فيما ولي بيعه.

وفي الشهادات وفي النكاح شيء من مسائل الوصي.

في الوصية للوارث والصديق والقاتل وعلى الضرر وإقرار بدين

قال الرسول عليه [الصلاة و] السلام: «**لا وصية لوارث**»(1)، ومنع القاتل عمداً من الميراث؛ فكان الموصى له إذا قتل الموصي عمداً أبعد.

وقال الله ﷻ في الموصي: ﴿غَيْرَ مُضَآرٍّ﴾ [سورة النساء آية: 12].

من الأول، قال ابن القاسم: قال مالك: فيمن أوصى لوارث؛ لم تجز وصيته، وإن أوصى له، ثم حدث من يحجبه؛ جازت إن مات، لأن تركه لها بعد علمه بمن يحجبه إجازة لها(2).

قال(3) أشهب: تجوز علم بمن يحجبه، أو لم يعلم(4).

يطلب ذلك خصمه، وانظر مسألة كتاب العيوب، واعلم أن قوله - هنا -: ويحلف ليس يعني مع شهادته كما يحلف مع الشاهد، وكما قال في غير هذه المسألة؛ لأنه - هنا - مقر ليس بشاهد؛ إذ ليس معه غيره، ولهذا لم يشترط فيه - هنا - العدالة، كما شرطها في غير هذه المسألة، وقد يخيل للناظر أنها بمنزلة الشاهد له على سائر الغرماء؛ فلذلك قال: يحلف؛ أي معه لا سيما لاستشهاده بعد هذه المسألة، بمنزلة الرجل يشهد على الشيء في يديه أن فلاناً تصدق به على فلان، فقال: إن كان المشهود له حاضراً حلف مع شاهده وكان له، وإن كان غائباً لم يقبل لتهمته في إقراره في يديه)، وليس كذلك، فإنه إنما أدخل هذه المسألة للتفريق بين حكم الحاضر والغائب. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2585، وما بعدها.

(1) صحيح، أخرجه أبو داود: 2/127، في باب ما جاء في الوصية للوارث، من كتاب الوصايا، برقم: 2870، والنسائي: 6/247، في باب إبطال الوصية للوارث، من كتاب الوصايا، برقم: 3641، وابن ماجه: 2 905، في باب لا وصية لوارث، من كتاب الوصايا، برقم: 2713، وأحمد: 4/186، برقم: 17699.

(2) انظر: المدونة: 10/164.

(3) في (ن): (وقال).

(4) انظر: البيان والتحصيل: 13/223.

وإذا أوصى لامرأة، ثم تزوجها في صحته، ثم مات عنها؛ بطلت الوصية.

وإن أوصى لوارث بخدمة عبده سنة ثم هو حر، والثلث يحمله، دخل بقية الورثة مع ذلك الوارث في الخدمة مع المواريث، إن لم يجيزوا له الخدمة[1].

وإن أوصى أن يشترى عبد وارثه فيعتق؛ لم يزد على قيمته، ولا تجوز وصيته لعبد وارثه إلا بالتافه، كالثوب ونحوه، فيما يريد به ناحية العبد لا نفع سيده، كعبد كان قد خدمه ونحوه، فإن[2] أوصى لعبد ابنه ولا وارث له غيره؛ جاز، ولا ينزع ذلك منه الابن[3].

وتجوز الوصية للصديق الملاطف بالثلث فأقل، وأما إقراره له بدين؛ فإنما يجوز إن ورثه ولد، أو ولد ولد، وإن كان ورثته أبوين، أو زوجة[4]، أو عصبة، ونحوه؛ لم يجز[5]

إلا أن الوصايا تدخل في ثلث ما يبقى بعد عزل هذا الدين، ثم يعاد مع الثلثين ميراثاً[6].

قال: وكذلك إقراره به لمن يتهم عليه من وارث وغيره.

قال في كتاب الحمالة: وإن كان عليه دين يغترق ماله؛ لم يجز إقراره للصديق الملاطف، ولا وصيته له ولا كفالته عنه[7].

---

(1) انظر: المدونة: 10/164.

(2) في (ن): (وإن).

(3) انظر: المدونة: 10/166 و167.

(4) في (ش): (و زوجة).

(5) انظر: المدونة: 10/170 و171.

عياض: ومسألة (اعتراف المريض بدين للصديق الملاطف)، وقوله - هنا - (لا تجوز إذا كان الورثة عصبة) إلى آخر المسألة. وذكر في الكفالة: (أنها جائزة مطلقة، إلا أن يكون عليه دين)، فانظرها في الكفالة. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2554 و2555.

(6) انظر: النوادر والزيادات: 11/581.

(7) انظر: المدونة: 9/210.

ومن الثاني: وإن أوصى لوارث، وأجنبي، تحاصا وعاد حظ الوارث موروثاً، إلا أن يجيز الورثة، ولو لم يدع إلا هذا الوارث الموصى له، لم يحاص الأجنبي في ضيق الثلث، وبرئ الأجنبي[1].

قال ربيعة: وإن أوصت امرأة لبعض ورثتها بوصية، وفي السبيل بوصية فأجاز الزوج ذلك، ثم قال: إنما أجزت رجاء أن يعطوني الوصية التي في السبيل؛ فليس ذلك له ويلزمه ما أجاز.

قال يحيى بن سعيد: فيمن أوصى بثلثه في السبيل، فإن وليه يضعه في السبيل، فإن أراد أن يغزو به[2] وله ورثة [(ش: 116/أ)] غيره يريدون الغزو؛ فإنهم يغزون فيه بالحصص، فإن لم يرثه غيره، وهو يريد الغزو؛ فلا بأس باستنفاقه منه[3] فيما وضع فيه[4].

قال ابن القاسم: وإن أوصى أن يحج عنه وارث؛ جاز، ولا يزاد على قدر النفقة والكراء ويرد الفضل ميراثاً[5].

وإذا قال وهو صحيح: غلة داري في المساكين وأنا ألي غلتها وأفرقها مادمت حياً، فإن ردها ورثتي بعد موتي فهو وصية في ثلثي تباع، ويتصدق بقيمتها؛ فذلك نافذ كما قال، ولو قال: هي على ورثتي أنا ألي قسمتها، فإن رد ذلك ورثتي بعد موتي، بيعت ويتصدق بثمنها من ثلثي؛ لم يجز، وورثت.

وإذا أوصى بثلثه لوارث، وقال: فإن لم يجزه[6] باقي الورثة، فهو في السبيل؛ لم يجز ذلك، وهو من باب الضرر، وكذلك بعبد، فإن لم يجيزوا؛ فهو حر، فإنه يورث إن لم يجيزوا.

---

(1) انظر: المدونة: 10/201، وما بعدها.

(2) قوله: (به) زيادة من (ن).

(3) قوله: (منه) ساقط من (ن).

(4) انظر: المدونة: 10/204.

(5) انظر: المدونة: 10/208.

(6) في (ن): (يجز).

ولو قال: هو حر، أو في السبيل، إلا أن يشاء ورثتي أن ينفذوه، لابني أو قال: ذلك يحبس -يعني في داره، أو فرسه- في السبيل؛ فذلك نافذ على ما أوصى[1].

قال أشهب في غير المدونة: هو باطل كله، بدأ بالعطية، أو بالحرية[2]

ومن الأول: والموصى له إذا قتل الموصي عمداً؛ فلا وصية له في المال، ولا الدية، وفي الخطأ؛ يكون له ذلك في المال دون الدية.

وإن أوصى له بعد أن ضربه وعلم به -محمد: أو لم يعلم أنه الجاني عليه- فإن كان خطأ؛ جاز ذلك في المال والدية، ولا يجوز في العمد إلا في ماله؛ لأن قبول الدية فيه[3] كمال لم يعلم به، وهذه المسألة في كتاب الهبات أيضاً[4].

---

(1) انظر: المدونة: 10/218، ومابعدها.

(2) انظر: النوادر والزيادات: 11/351.

(3) قوله: (فيه) زيادة من (ن).

(4) انظر: المدونة: 266.

عياض: وأما لو قتله الموصى له عمداً، فقال في الهبات: تبطل الوصية، ولا شيء له منها، ولم يفصل علم أو لا ولا بين في مال ولا دية، ثم قال: (وإنما قال ذلك إذا كانت الوصية أولا فقتله بعد الوصية عمداً، فلا وصية له؛ لأنه طلب تعجيل ذلك)، وقال في هذا الكتاب:(لم تجز له الوصية في مال ولا دية، إلا أن يكون قد علم أنه قتله عمداً، فأوصى له بعد علمه، فإن ذلك جائز في ماله ولا يكون في ديته)، وإن قبلت.

قال محمد: سواء علم أو لم يعلم، هي جائزة في لمال دون الدية في العمد؛ لأن تهمة تعجيل الوصية مرتفعة، وحمل ابن أبي زيد كلام محمد وفق ما في المدونة، وعليه تأول ما فيها.

قال: ووقعت في كتاب محمد مشكلة الجواب في العمد، وما ذكر هو معنى قول ابن القاسم وذكره سحنون عن أَشْهَب، وإليه نحا ابن أبي زمنين - أيضاً - وقال: لم يأت - ههنا - مبينا.

قال القاضي: تعليله في كتاب الهبات بقوله: لأنه طلب تعجيل الدية في العمد يقوي هذا التأويل؛ لأنه إذا أوصى له بعد لم تقع هذه التهمة، وإلى هذا كله ذهب كثير من المشايخ، وذهب آخرون إلى أنه متى لم يعلم أنه قاتلُه فلا وصية له في مال ولا دية، وعليه حمل ما في الكتاب؛ لقوله: إلا أن يكون علم أنه قتله عمداً، فأوصى له بعد علمه وجعلوا كلام محمد خلافاً، وإليه نحا اللخميّ، ثم اختلفوا على هذا أن لو تقدمت الوصية وحيي حياة بينة، حتى علم أنه قاتله، ولم يغير وصيته ولا جددها له ولا أمر بإنفاذها. فقيل: تبطل بكل حال حتى يجددها له بعد الجناية عليه، وقيل: تمضي في المال حتى ينص على تغيرها وردها، وقيل: إن كانت بمجرد اللفظ سقطت حتى يجددها، وإن كانت بكتاب

وجوابها في العمد في المدونة مشكل، وهذا الذي كتبنا[1] هو في كتاب ابن المواز عن ابن القاسم، وذكره سحنون عن أشهب، وهو معنى كلام ابن القاسم في المدونة إن شاء الله[2].

جامع ما يبدأ به في الوصايا، ومن أوصى بوصية بعد أخرى

قال الله تعالى: ﴿مِنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَآ أَوْ دَيْنٍ﴾ [سورة النساء آية: 11].

وروي أن الرسول عليه [الصلاة و] السلام، قال: «**الدين يبدى على الوصايا**»[3].

والإجماع على ذلك.

وروي أنه عليه [الصلاة و] السلام أمر بتبدئه العتق على الوصايا.

وفعل ذلك أبو بكر وعمر.

= فهو موضع الخلاف، فقيل: تمضي في المال، وقيل: تسقط... بكل حال، وقوله آخر الباب: (إذا كانت الوصية بعد الضرب عمداً كان أو خطأ، جاز له كل ما أوصى له به في المال والدية جميعاً إذا علم منه ذلك في الخطأ)، كذا عندنا، وهو في بعض النسخ من قول سحنون في الخطأ، وثبتت في بعض الروايات لابن وضاح: ولم يكن لفظه في الخطأ في رواية الأصيلي عن الدباغ والإبياني، وهي كلمة فيها إشكال، وبيانه: أن قوله: (جاز له كل ما أوصى له به في المال)تمام الكلام وعائد كله على العمد والخطأ، ثم استأنف الكلام في مسألة الخطأ خاصة، فقال: (وفي الدية جميعا) إذا علم بذلك في الخطإ وخص ذكر الدية بالخطإ فقط، وعلى ما قلناه فسرها سحنون، واختصرها ابن أبي زمنين، وقال: رأيت بعض المختصرين اختصرها على خلاف هذا، وهو غلط. قال أبو عِمرَان: لا يحمل كلامه أنه أراد دخوله في ديته في العمد، وإنما معنى ذلك في الخطأ خاصة، وقوله - هنا - إذا علم يصحح تأويل من ادعى العلم على مذهَبِ الكتاب، وأنه خلاف ما في كتاب محمد في التسوية بين العلم وعدمه. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2551، ومابعدها.

(1) قوله: (كتبنا) ساقط من (ن).

(2) انظر: المدونة: 10/168، 235، 236، والنوادر والزيادات: 11/575، 576.

(3) حسن، أخرجه الترمذي: 4/416، في باب ما جاء في ميراث الإخوة من الأب والأم، من كتاب الفرائض، برقم: 2094، وابن ماجه: 2/906، برقم: 2715، وأحمد: 1/144، برقم: 1221، عن علي بن أبي طالب ﷺ: قال: إن رسول الله ﷺ قضى بالدين قبل الوصية.

وقال[1] ابن القاسم في الجزء الأول: وهو[2] قول مالك: إنه لا يقدم ما قدم الميت في لفظ، أو كتاب من وصاياه، ولا يؤخر ما أخر، ولكن يقدم الأوكد؛ إلا أن ينص على تبدئة غير الأوكد[3]، فيقول: بدئوا عتق النسمة بغير عينها، على التي بعينها[4] أو بدئوا كذا؛ فينفذ ما قال، ابن حبيب: هذا فيما له الرجوع عنه[5].

قال: والعتق لعبد بعينه، هو المبدأ على الوصايا كان العبد المعين[6] في ملكه، أو أوصى بشرائه[7].

قال أشهب: وأما المعتق بغير عينه فلا يبدى؛ لأنه وصية بمال هذا قول أكثر أهل العلم[8].

قال ابن القاسم: فإن أوصى بدنانير في رقبة، حوصص بذلك أهل الوصايا، ولم

---

(1) في (ن): (قال).

(2) في (ن): (ومن).

(3) عياض: وقوله (إذا قدم في الوصية أو أخر إنما ينظر إلى الأوكد فيقدم، وإن كان لفظه به آخر الوصايا، إلا أن يقول ابدؤوا كذا فيبدأ)، وقول عبد الملك: هذا في كل وصية يجوز له الرجوع عنها، فأما ما لا يجوز له الرجوع عنه كالعتق البتل والتدبير البتل وعطية البتل فلا يبدأ؛ لقوله: بدئوه، وهو ليس بخلاف لابن القاسم، وعليه حمله بعض الشيوخ؛ لأنه إذا كان ذلك في أوقات مختلفة. ثم نص آخراً على تقديم ما لم يبتل، فلا يصح عند واحد منهما؛ إذ لا رجوع في المبتل وإن كان إنما جاء بذلك كله في لفظ واحد، وفي كتاب واحد وقدم وأخر وفيه تبتيل وغيره، ثم وصل بكلامه أنه يبدأ من هذا كله، كذا على ما ذكر مما بتله وعلق الإشهاد على ذلك كله بهذا الشرط، فهذا ليس بتبتيل منه وإنما أوقف النظر فيه إلى بعد الموت وإخراج ما أوصى بتقديمه وتبدئته، وهذا خلاف البتل وضد معناه وإن كان أشهد على كل فصل مما بتله ومما لم يبتله، ثم بعد تمام ذلك. قال: ويقدم كذا مما أوصيت به على المبتل، فيعد هذا ندما على ما بتله ولا يقبل منه. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2561، 2562.

(4) قوله: (على التي بعينها) ساقط من (ن).

(5) قوله: (ما قال: ابن حبيب: هذا فيما له الرجوع عنه) زيادة من (ن)، وانظر المسألة في: النوادر والزيادات: 11/385.

(6) في (ن): (المعتق).

(7) في (ن): (باشترائه).

(8) انظر: النوادر والزيادات: 11/377 و391، وما بعدهما.

يبدأ به في الثلث[1].

وأول ما يبدأ به في الثلث المدبر[2] في الصحة على كل وصية، وعلى ما بتل في المرض[3].

أو ما أوصى به مما فرط فيه، من زكاة وكفارة ونذر.

فأما المريض يحول حول زكاته، أو يقدم عليه مال حلّ حوله، فما عرف من هذا فأخرجها في مرضها أو أمر بذلك ثم مات، فإنها خارجة من رأس ماله، فإن لم يأمر بها لم يقض بها على ورثته، [(ش: 116/ب)] وأمروا بغير قضاء[4].

وقيل: يبدأ صداق المريض على المدبر[5].

---

(1) قوله: (به في الثلث) زيادة من (ن)، وانظر المسألة في: المدونة: 10/183، 184.

(2) في (ش): (التدبير).

(3) انظر: المدونة: 6/9 و10.

(4) انظر: المدونة: 2/288 و10/210.

عياض: وقوله في (الذي يقدم عليه مال وهو مريض فيخرج زكاته: إن ما تبين هكذا فهو من رأس المال)، وقوله آخر الباب (إذا قدمت على أموال عرف الناس أن زكاتها حلت عليه واقتضى ديوناً حلت عليه زكاتها لا يجبر الورثة على ذلك، إلا أن يتطوعوا)، يريد: ويوصي بذلك لا يخرج من رأس المال، كما قال في كتاب الزكاة.

وذهب بعض الشيوخ إلى أن هذه المسألة خلاف التي قبلها وأن الصواب إخراجها. قال: ومعنى الأولى أنه دفعها لرجل؛ لتكون عنده لينفذهاوكذلك لو كانت بيده ليفرقها وأشهد البينة أنها زكاته أو شرع في تفريقها فمات، فهذه تخرج من رأس ماله.

قال ابن أبي زمنين: سواء - هنا - أوصى بتفريقها أو لم يوص، إذا علم أنه أخرجها ليفرقها.

قال إسماعيل القاضي: الفرق بين المسألتين أنه لما لم يأمر بإخراجها لم يعرف لأي شيء حبسها، ولعله قد أخرجها من حيث لا يشعر به أو لأن عليه دينا يسقطها، وقيل: معناه أنه دفعها لرجل لتكون عنده. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2574، وما بعدها.

(5) عياض: وقوله في (تبدئة الوصايا: إذا ضاق الثلث لا يفسخ التدبير شيء).

قال بعض الشيوخ: هذا يدل على أنه يبدأ على صداق المريض في قول مالك؛ لأنه عنده من الثلث، واختلف قول ابن القاسم في ذلك على ثلاثة أقوال معروفة من تقديم كل واحد منهما على الآخر، والثالث: التحاص والقولان الأولان في المدونة، فالذي مما هنا ظاهره تقديم التدبير ومثله في

وقيل: يتحاصان[1].

قال:[2] قال أشهب في غير المدونة: وهي[3] من رأس ماله، وإن لم يوص بها إذا[4] حلت في مرضه بغير تفريط[5].

قال ابن القاسم: وما أوصى به في مرضه[6] من زكاة فرط فيها، أو كفارة أو نذر؛ فهو في الثلث[7].

يريد مبدى على المبتل[8] في المرض، والعتق المعين.

وقيل: يبدى صداق المريض على المدبر، وقيل: يتحاصان[9].

وإذا أقر المريض بدين، وأوصى بزكاة فرط فيها، وبتل في المرض ودبّر فيه[10]، وأوصى بعتق عبد له، وبكتابة لآخر، وبشراء عبد بعينه ليعتق، وبعتق نسمة بغير عينها وبحجة الإسلام؛ فالديون تخرج[11] من رأس ماله، وإن كانت لمن يتهم فيه، وهذا الذي ذكرنا في ثلث ما بقي[12]، ثم يعود ما كان من دين، كمن يتهم عليه ميراثاً.

=

الصيام، وما في الأيمان بالطَّلاق ظاهره تقديم الصداق؛ لأنه قال: يقدم على العتق وعلى غيره ولم يستثن شيئاً.اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2556.

(1) قوله: (وقيل يبدأ صداق المريض على المدبر، وقيل يتحاصان) ساقط من (ن).

(2) قوله: (قال) زيادة من (ن).

(3) قوله: (وهي) زيادة من (ن).

(4) في (ن): (إذ).

(5) انظر: النوادر والزيادات: 2/196.

(6) قوله: (في مرضه) زيادة من (ن).

(7) انظر: المدونة: 2/288.

(8) في (ش): (البتل).

(9) قوله: (وقيل: يبدأ صداق... وقيل: يتحاصان) زيادة من (ن)، وانظر المسألة في: النوادر والزيادات: 11/386.

(10) قوله: (ودبر فيه) ساقط من (ن).

(11) قوله: (فالديون تخرج) يقابله في (ن): (فالدين يخرج).

(12) في (ن): (يبقى).

محمد: إلا أنه يدخل المدبر في الصحة، أو في المرض، في ثلث ذلك عند ضيق الثلث.

قال محمد عن ابن القاسم: إن المدبر في الصحة، أو في المرض يدخل فيما لم يعلم به[1]، ولا يدخل المبتل في المرض في ذلك.

قال ابن القاسم: فالزكاة تبدأ فيما ذكرنا، ثم المبتل والمدبر[2] في المرض معاً، ثم الموصى به للعتق بعينه الذي في ملكه والمشتري بعينه معاً، ثم المكاتب بعينه، ثم النسمة بغير عينها مع الحج معاً[3].

وقال أيضاً: يبدأ بالرقبة، وإن دبر في مرضه، وقال في وصية له: إن حدث بي حدث الموت؛ فعبدي حر؛ فالمدبر مبدى عند جميع الرواة، إلا أشهب[4].

ومن أوصى بحجة الإسلام وبعتق رقبة، يريد وهي غير معينة، فقال مالك: يبدأ

---

(1) قوله: (به) ساقط من (ن).

(2) قوله: (والمدبر) زيادة من (ن).

(3) عياض: وقوله في (الموصى بعتقه بعينه والمعين ليشترى نسمة للعتق): يتحاصان، ومثله في المبتل والمدبر: يتحاصان، وكذلك قول ابن القاسم في كتاب الزكاة في عتق الظهار، وعتق القتل: لا يبدأ أحدهما على صاحبه، ذهب بعض المشايخ إلى أن معنى الحصاص في هذه المسائل الإقراع لا أنه يعتق من كل واحد منهما كما يعتق من الآخر، وهو قول أبي عمران، وذهب غيره من المشايخ إلى أن الحصاص في هذه المسائل على وجهه وأنه على غير القرعة. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2560، 2561.

(4) انظر: المدونة: 176/10، ومابعدها، والنوادر والزيادات: 386/11، ومابعدها.
عياض: وقوله: (فيمن دبر عبداً في مرضه، وقال في آخر: إن حدث بي حدث الموت فهو حر، يبدأ بالمدبر، وهو قول الرواة لا أعلم بينهم فيه اختلافا)، كذا في أصول شيوخنا، وفي بعض النسخ: إلا أَشْهَب، فإنه يأباه، وكذلك في رواية الأصيلي وأبي ميمونة وهو ثابت، وسقط من رواية غيره، وحوق عليه في كتاب ابن عتاب، وقول أَشْهَب: الذي أبى غيره، هو أنه يرى أنما يكون هذا إذا بدأ بلفظ التدبير، ولو بدأ بلفظ الوصية بالعتق ثم دبر الآخر، فإنهما يتحاصان، وقد رجع مالك إلى أنهما يتحاصان وعليه لقي الله. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2558.

بالرقبة[1] لضعف أمر الحج، وقال أيضاً: يتحاصان[2].

وإن أوصى بمال وأوصى بحج؛ تحاصا، وإن أوصى بمال وعتق غير معين؛ تحاصوا.

قال ابن القاسم في الموصي برقبة وحج، وثلثه يحمل الرقبة وبعض الحج؛ فبدأنا[3] الرقبة، فإنه يحج عنه ببقية الثلث من حيث بلغ، ولو من مكة.

وإذا باع مريض عبداً فحابى فيه، وأعتق آخر قيمته الثلث؛ بدأ بالمعتق[4].

[(ش: 117/أ)] ومن كتاب العتق: وإن اشترى المريض عبداً بمحاباة فأعتقه؛ فالعتق مبدأ على المحاباة، وإن بقي بعد قيمة العبد شيء من الثلث؛ كان في المحاباة، وإن لم يبق؛ لم يكن للبائع غير قيمته من رأس المال[5]، وقد قال: يبدأ بالمحاباة في الثلث، إذ لا يتم البيع إلا بها[6].

ومن الوصايا الأول: وإن قال: إن مت فمرزوق حر وميمون حر على أن يؤدي إلى

---

(1) في (ن): (الرقبة).

(2) عياض: واختلاف قوله في الكتاب في تبدئة الوصية بعتق المعين عليه على الوصايا أو التسوية بينهما بالحصاص. قال شيوخنا: إنما ذلك كله في الصرورة واختلف في صفة التبدئة، فقيل: إذا بدئ بالعتق وأضيف إليه وصية المال، فما صار للعتق والحج بدئ منه العتق، فإن بقي منه شيء فللحج وإلا سقط الحج؛ لأنه إنما قال في الكتاب في هذا القول: (الرقبة مبدأة على الحج)، ولم يقل على الوصايا، وقيل: يبدأ العتق ويتحاص الحج والمال؛ إذ لم يفرق في قوله: (يبدأ الحج على العتق بين الصرورة وغيره) وقيل: يبدأ الحج على رواية ابن وهب، ويتحاص العتق والمال، وهو بين في قول يحيى وربيعة في الكتاب (أن العتاقة مثل الصدقة). قالوا: ولم يختلف قول ابن القاسم ومالك في الوصية بحجة التطوع أن العتق يبدأ عليها، ثم اختلف قولهما بعد ذلك، هل يتحاص المال والحج، وهو مذهبه في العتبية أو يبدأ المال على الحج وهو مذهبه في المدونة، وأما أصبغ: فرأى أن الصَّرورة وغيره سواء في المحاصة مع العتق بغير عينه، والوصايا والاختلاف في مسائل التبدئة كثير مشهور ومقصدنا التنبيه على ما هو من ذلك في الكتاب وما يستخرج منه. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2559، 2560.

(3) في (ن): (وبدأنا).

(4) في (ش): (بالعتق).

(5) في (ن): (مال).

(6) انظر: المدونة: 5/294.

ورثتي مائة دينار، فإن عجل ميمون المائة تحاصا؛ وإلا بدئ مرزوق كالمكاتب، فإن بقي من الثلث ما لا يحمل ميموناً؛ خير الورثة بين إمضاء الوصية أو يعجلوا فيه[1] عتق بقية الثلث.

وإن أوصى بعتق هذا، وبكتابة هذا؛ بدئ بالعتق.

وإن أوصى بعتق عبد معجل، وآخر إلى شهر؛ تحاصا لقرب الأجل، ولو بعد الأجل كالسنة ونحوها؛ بدئ بالمعجل في الثلث، وقد قيل: إن الموصى بعتقه يبدأ على الذي قال: يؤخذ منه مال ويعتق[2].

وإذا أعتق عبداً في مرضه، واشترى ابنه؛ بدئ بالابن في الثلث[3].

قال محمد: وإن أوصى بعتق عبد له[4]، وبعتق[5] آخر بعد خدمة رجل حياته، فضاق الثلث وأبت الورثة أن يجيزوا؛ فإنه يعتق منهما معاً بتلاً محمل الثلث، ولا تبدئة للذي لم يوص فيه بخدمة هاهنا[6].

ومن الثاني: ومن أوصى بوصية بعد أخرى، فإن لم تتناقضا؛ نفذتا جميعاً، وإن كانتا[7] من صنف واحد فزادت إحداهما؛ أنفذت الزائدة فقط، وإن تناقضتا؛ أنفذت الأخيرة وبطلت الأولى.

وإذا أوصى لرجل بشيء ليس بعينه من صنف، ذكر منه كيلاً، أو وزناً، أو عدداً من طعام أو عرض، أو عين أو غيره، أو بعدد بغير عينه من رقيق عنده، أو غنم، أو دور، ثم أوصى له من ذلك الصنف بأكثر من تلك التسمية [(ش: 117/ب)] فله أكثر الوصيتين.

---

(1) في (ن): (منه).

(2) انظر: المدونة: 10/180، وما بعدها.

(3) انظر: المدونة: 10/128.

(4) قوله: (له) زيادة من (ن).

(5) في (ن): (أو بعتق).

(6) انظر: النوادر والزيادات: 11/412 و413 و433.

(7) في (ن): (كانت).

فإن كان أوصى له أخرى بصنف آخر؛ فله الوصيتان جميعاً.

فإن أوصى له تارة بعشرة دنانير، وتارة بالثلث؛ [(ش: 118/أ)] فله الأكثر[1].

يريد ما لم يجاوز الثلث.

قال أصبغ وسحنون: هذا إن كان ماله عيناً كله.

قال محمد، قال أصبغ: فإن كان فيه عين وعرض؛ فله[2] ثلث العرض في الحصاص، والأكثر من ثلث العين أو التسمية[3] فحاص به[4]، وهو قول أشهب[5].

يريد ما لم يجاوز ثلث العين[6].

قال ابن القاسم: وإذا أوصى بشيء بعينه، من دار، أو عبد، أو ثوب، أو دابة لرجل، ثم أوصى بذلك لرجل آخر؛ فهو بينهما.

وكذلك لو أوصى لرجل بثلثه، ثم لآخر بجميع ماله؛ لم يعد رجوعاً، وكان الثلث بينهما على أربعة أسهم، فأما إن أوصى بعتق عبد بعينه، ثم أوصى به لرجل أو أوصى به لرجل أولاً، ثم أوصى به للعتق فالآخر[7] نقض الأول، إذ لا يشترك بالحرية[8].

قال أشهب: الحرية أولاً قدمها أو أخرها.

---

(1) انظر: المدونة: 220/10، وما بعدها.

(2) قوله: (فله) زيادة من (ن).

(3) في (ش): (والتسمية)، المثبت موافق لما في النوادر.

(4) قوله: (فحاص به) زيادة من (ش).

(5) انظر: النوادر والزيادات: 345/11 و346.

(6) قوله: (يريد ما لم يجاوز ثلث العين) زيادة من (ن).

(7) في (ن): (فالآخرة).

(8) انظر: المدونة: 3/10 22، 224.

ولو قال رجلٌ[1]: العبد الذي أوصيت به لفلان هو لفلان؛ فذلك رجوع[2].

فيمن أوصى لعبده بشيء من ماله وأن يباع لعتق أو ممن أحب أو من فلان أو شراء عبد لعتق أو لفلان ومن اشترى ابنه في مرضه وفي العبد يوصى له أن يعتق أو يباع للعتق فيأبى

من الأول: قال مالك: ولما كان المعتق لشقص له من عبد يقوم عليه حظ شركائه، كان العبد إذا عتق منه جزء في وصية السيد له بجزء من ماله، أحرى أن يستتم ما بقي منه على نفسه، فمن أوصى لعبده بثلث ماله، وقيمته الثلث؛ عتق جميعه، وإن فضل من الثلث شيء؛ كان للعبد، وإن لم يحمله الثلث[3]؛ عتق منه ما حمل.

قال ابن القاسم: وإن كان معه مال استتم منه عتقه، وقاله[4] ربيعة والليث.

وكذلك إن أوصى له[5] بالسدس وقيمته[6] السدس؛ أنه يعتق.

قال ابن وهب عن مالك: لا يعتق فيما بيده من المال، ويوقف بيده، وقاله كثير من أصحاب مالك[7].

قال سحنون: وهو أصح، لأن من عتق بعضه، لا يحكم في ماله بغير إذن من له فيه الرق[8].

---

(1) قوله: (الرجل) زيادة من (ن).

(2) انظر: النوادر والزيادات: 11/339 و340.

(3) قوله: (الثلث) ساقط من (ن).

(4) في (ش): (قال).

(5) قوله: (له) زيادة من (ف2).

(6) قوله: (وقيمته) يقابله في (ش): (أو بها قيمته).

(7) انظر: المدونة: 10/157و 158 و5/311.

(8) انظر: النوادر والزيادات: 11/499.

قال[1] ربيعة: إن كان للعبد امرأة حرة وولد منها أحرار، وأوصى لجميعهم[2] بالثلث؛ عتق العبد في ذلك، لأن ولده ملكوا منه بعضه، وملك العبد من نفسه البعض أيضاً[3].

قال سحنون في كتاب ابنه: وتطلق عليه امرأته، لأنها ملكت بعضه، يريد إن قبلت، قال: فإن كان ولده أربعة؛ فالثلث بينهم أسداساً، فللعبد سدس الثلث من نفسه، ولبنيه أربعة أسداس ثلثه يعتق نصيبه ونصيبهم منه، ويبقى للزوجة سدس ثلثه، وينظر إلى ما يقع له ولبنيه من بقية ثلث الميت، فإن وسع[4] بقية العبد؛ عتق فيه، وإلا فما وسع من ذلك، وإن كان فيه وفاء؛ عتق في سهمه وسهم بنيه ويبقى سدس الثلث منه للمرأة [(ش: 118/ب)].

فإن بقي للعبد[5] وبنيه من الثلث بقية؛ كانت بينهم على خمسة أجزاء، وعتق سدس الزوجة فيما للعبد من ذلك، فإن لم يفِ؛ عتق باقيه على بنيه فيما لهم من ذلك ومن غيره إن قبلوا الوصية.

قال سحنون: ولا يقوم على العبد باقيه في مال إن كان له[6] غير الوصية. يريد على رواية ابن وهب عن مالك.

قال سحنون: لأنه[7] لما ملك بعض نفسه؛ كان كعبد شركه في نفسه غيره فلا يحكم في ماله بغير إذن شريكه[8].

ومن المدونة، قال ابن القاسم: وإذا أوصى لعبده بمال؛ كان للعبد إن حمله الثلث

(1) قوله: (قال) ساقط من (ن).
(2) في (ش): (بجميعهم).
(3) انظر: المدونة: 10/158 و159.
(4) في (ش): (وقع).
(5) في (ش): (عن العبد).
(6) قوله: (له) زيادة من (ن).
(7) قوله: (لأنه) زيادة من (ن).
(8) انظر: النوادر والزيادات: 12/389 و390.

وليس للوارث[1] انتزاعه، ولمن اشتراه انتزاعه.

وإن أوصى به لعبد أجنبي؛ فلسيده الانتزاع.

ولا بأس[2] أن يوصي لمكاتبه[3].

وإذا قال في وصيته: اشتروا عبد فلان لفلان فأعتقوه[4]، أو بيعوا عبدي من فلان، أو ممن أَحبَّ أو ممن يعتقه، فامتنع المشتري منه، أو الذي يبتاع[5] منه من[6] البيع أو الشراء بمثل[7] القيمة، فإنه يزاد في المشترى، وينقص في المبيع ما بينه[8] وبين ثلث قيمته لا ثلث الميت.

وإن[9] لم يذكر الميت أن يزاد أو ينقص، فإن أبوا إلا بأنقص في المبيع، أو أزيد في المشترى، فذلك يختلف، أما الموصي أن يُشترى ويعتق فليستأنَ[10] بثمنه، فإن بيع؛ وإلا رد ميراثاً[11].

وفي رواية ابن وهب وغيره عن مالك: أنه يوقف ما رجي بيع العبد إلا أن يفوت

---

(1) في (ش): (للولد).

(2) قوله: (لا بأس) زيادة من (ن).

(3) في (ش): (بمكاتبه)، وانظر المسألة في: المدونة: 10/166، وما بعدها.

(4) في (ن): (أو فأعتقوه)، والمثبت موافق لما في المدونة: 10/125.

(5) في (ش): (يتباع).

(6) قوله: (من) زيادة من (ن).

(7) في (ن): (مثل).

(8) في (ش): (بينك).

(9) في (ن): (فإن).

(10) قوله: (ويعتق فليستأنَ) ساقط من (ش).

(11) عياض: وقوله في مسألة: (اشتروا عبد فلان، فأعتقوه عني، في غير واجب، فأبى أهله أن يبيعوه، رجعت الوصية ميراثا للورثة بعد الاستيناء والإياس من العبد)؛ ذكر بعضهم أن قوله - هنا - خلاف ما له في صدر الوصايا الأول، ووفاقاً لقول ابن وَهْب هناك، وكتبت عليه من حاشية كتاب ابن عتاب: قال سحنون: بعد الإياس من العبد ليس من لفظ ابن القاسم، فعلى هذا ليس بخلاف من قوله وإنما أتى به سحنون من كلام غيره. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2572، 2573.

بهلاك أو عتق، وعليه أكثر الرواة، وأما الذي يُشترى لفلان، فإن أبى سيده ليزداد[1] ثمناً، دفع ثمنه وثلثه للموصى أن يشترى له، وإن كان لأنه لا[2] يبيعه[3] أصلاً ضناً به[4]؛ عاد ذلك ميراثاً وبطلت الوصية[5].

قال غيره -وهو أشهب-: ولو[6] امتنع لزيادة أو ضناً به[7] فإنه يوقف الثمن، فإن أيس[8] منه عاد ميراثاً، لأنه أوصى له برقبة[9] لا بمال.

قال[10] سحنون: هذا أصح، قال ابن القاسم: وأما الذي يباع للعتق أو ممن أحب، فيطلب له وضيعة أكثر من الثلث؛ فإنه يخير الورثة بين أن يبيعوه بما سئلوا، أو يعتقوا ثلث العبد.

وقال أشهب: إذا حمله الثلث؛ فليبيعوه بوضيعة ثلث ثمنه، فإن لم يجدوا من يشتريه؛ فلا شيء عليهم، فإن[11] لم يحمله الثلث؛ خيروا بين بيعه بوضيعة ثلث ثمنه، أو عتق ما حمل جميع ثلث الميت[12] منه.

وروى غيره لمالك في الذي يباع ممن أحب، أن الورثة إذا بذلوه لمن أحب بوضيعة الثلث، فأبى؛ فليس عليهم غير ذلك، يريد ويرجع ميراثاً، ولم يختلف قوله في المبتاع للعتق[13].

---

(1) في (ن): (ليزاد).
(2) قوله: (لأنه لا) يقابله في (ن): (أبا لا).
(3) في (ن): (يبعه).
(4) في (ن): (ضناً به).
(5) قوله: (وبطلت الوصية) زيادة من (ن).
(6) قوله: (ولو) زيادة من (ن).
(7) في (ن): (ضناً به).
(8) في (ش): (أبين).
(9) في (ن): (برقبته).
(10) قوله: (قال) ساقط من (ن).
(11) في (ن): (وإن).
(12) في (ش): (ثلثه لميت).
(13) في (ن): (ليعتق).

وأما الذي يباع من فلان؛ فيخير الورثة، بين بيعه منه بما أعطى، أو القطع له[1] بثلث العبد[2].

ومن اشترى ابنه[3] في مرضه؛ جاز إن حمله الثلث، وعتق وورث باقي المال إن انفرد، أو حصته مع غيره.

وإن أعتق مع ذلك عبده؛ بدئ الابن وورث إن حمله الثلث[4].

قال عبد الملك [(ش: 119/أ)] وسحنون: ولو اشترى ابنه بالمال كله؛ جاز ذلك له فيه خاصة؛ إذ له أن يستلحقه بخلاف الأب[5].

قال ابن القاسم: ولو أوصى أن يشترى أبوه بعد موته، فإنه يشترى ويعتق في ثلثه، وإن لم يقل وأعتقوه فأعتقوه.

ومن أوصى بعتق عبده، فلم يقبل ذلك العبد، فلا قول له، ويعتق في الثلث، وإن لم يقل: وأعتقوه.

وإن أوصى ببيع جاريته[6] ممن يعتقها، فأبت، فإن كانت من جواري الوطء فذلك لها، وإلا بيعت ممن يعتقها، وقيل: لا يلتفت إلى قولها، كانت رائعة أم لا وتباع للعتق؛ إلا ألا يوجد من يشتريها بوضيعة ثلث الثمن، وذلك إذا حملها الثلث[7].

---

(1) قوله: (له) ساقط من (ن).

(2) انظر: المدونة: 125/10، وما بعدها.

(3) في (ش): (ابن ابنه).

(4) انظر: المدونة: 128/10.

(5) انظر: النوادر والزيادات: 366/11، 367.

(6) في (ن): (جارية).

(7) انظر: المدونة: 128/10.

فيما يحدث في التركة بعد الموت من نماء أو نقص[1] قبل إنفاذ الوصايا أو دين يطرأ بعد إنفاذها، وهل تدخل الوصايا أو المدبر فيما لم يعلم به الميت من ماله وفيمن أوصى في إبله بجزء أو بعدد من الأول

قال ابن القاسم: وكل وصية فلا تدخل إلا فيما علم به الميت، وأما المدبر فيدخل فيما علم به، أو لم يعلم من غائب أو حاضر[2].

فمن أوصى بثلثه، أو بعتق أو بغيره ولا مال له يومئذ أو كان له مال[3]، ثم هلك عن مال بفائدة أو مورث فإن علم بالمال المستفاد قبل موته في صحته أو في مرضه؛ دخلت فيه الوصايا، وإن لم يعلم به؛ لم يدخل فيه إلا المدبر في الصحة.

قال في كتاب ابن المواز: أو المدبر في المرض[4].

وكل دار ترجع بعد موته من عمرى، أو من حبس فهو من[5] ناحية التعمير؛

---

(1) في (ش): (نقض).

(2) انظر: المدونة: 10/174.

(3) قوله: (أو كان له مال) زيادة من (ن).

(4) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 11/405.

عياض: وقوله: (إذا أوصى وله مال لم يعلم به لا تدخل إلا فيما علم به في مرضه أو قبل مرضه، وإن كان بعد وصيته لا من عتق، ولا من غيره إلا في المدبر في الصحة، فيدخل فيما علم وفيما لم يعلم)؛ ظاهره أن المدبر في المرض والمبتل فيه خلافه لا يدخلان فيما لم يعلم به، وعليه حمل مذهب الكتاب محققو شيوخنا، وفي كتاب محمد والعتبية أن المدبر في الصحة والمرض سواء، يدخلان فيما علم، وفيما لم يعلم، واختلف في المبتل في المرض: ففي العتبية والمدنية لابن القاسم لا يدخل، وكذلك في كتاب محمد، وخرج الشيوخ على ما في كتاب محمدوالعتبية من دخول المدبر في المرض دخول المبتل؛ لأنه أقوى، لكن هذا التخريج بعيد، فإنه نص في كتاب محمد على الفرق بينهما، فكيف يقاس على كلامه خلاف ما نص عليه. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2555 و2556.

(5) في (ش): (هو).

فالوصايا تدخل فيه، ويرجع فيه من انتقص من وصيته، وإن[1] بعد عشرين سنة، ولا يدخل في[2] ذلك في مرجع الحبس المبتل[3].

قال مكحول: ومن قتل بعد أن أوصى بوصايا؛ فلا تدخل الوصايا[4] في ديته[5].

وإن أوصى بأن كل مملوك له حر؛ فلا عتق لمن لم يعلم به منهم ممن صار إليه بميراث أو غيره لم يعلم به[6].

ومن رد ما أوصي له به لم يدخل فيه أهل الوصايا وتحاصوا، ثم يكون ميراثاً.

قال أبو محمد[7]: وقد جرى في اختصار الجنايات والعتق حكم المبتل في المرض في جنايته[8] وميراثه، وفي باب الوصية للقاتل من هذا.

قال في كتاب الديات: ومن أوصى بثلثه لقوم، ثم قتل خطأ، فإن كان قتل بأمر اختلست به نفسه؛ فلم يعرف له بعد أن ضرب حياة؛ فلا تدخل الوصايا في ديته، وإن عرف أن معه بعد الضرب من عقله ما عرف به ما هو فيه، فأقر الوصايا ولم يغيرها؛ فأهل الوصايا يدخلون في الدية، وأما دية العمد إذا قبلت فلا تدخل فيها وصية، لأنها كمال [(ش: 119/ب)] لم يعلم به الميت[9].

وفي[10] الأول: وإذا أوصى بعتق رقبة بألف -وذلك الثلث- فابتاعها الوصي فأعتقها، ثم لحق الميت دين يغترق جميع ماله رد العبد رقاً، وإن اغترق بعضه نفذ من

---

(1) قوله: (الواو) ساقط من (ن).

(2) قوله: (في) ساقط من (ن).

(3) في (ن): (المبتل)، وانظر المسألة في: المدونة: 10/174.

(4) قوله: (فلا تدخل الوصايا) ساقط من (ن).

(5) انظر: المدونة: 10/175.

(6) انظر: المدونة: 10/175، 176.

(7) قوله: (قال أبو محمد) ساقط من (ن).

(8) في (ن): (جناياته).

(9) انظر: المدونة: 11/379.

(10) في (ن): (ومن).

عتق العبد بقدر ثلث ما يبقى من ماله بعد قضاء الدين ورق ما بقي، لأن الوصي لا يضمن إذا لم يعلم بالدين[1].

وإذا أوصى لرجل بعبد قيمته الثلث، ولآخر بثلثه فهلك العبد قبل النظر في الثلث، فإن صاحب الثلث يضرب بثلث ما بقي كاملاً، وكأن العبد لم يكن[2].

وإذا أوصى له بعشرة من إبله أو غنمه أو عبيده أو دوره أو ثيابه أو في السبيل أو في العبيد بالعتق، ولم يعينهم، فإن كان عدد ما يملك من ذلك الجنس خمسين، أخرج خمسهم[3] بالسهم فيما أوصى، أو أربعين فربعهم، أو عشرين فنصفهم إن حمله[4] الثلث، وقع لذلك أقل من عشرة أو أكثر[5].

وما هلك منها قبل القسم فكأن لم يكن، وتكون الوصية جزءاً مما بقي مثل أن يبقى ثلاثون، فيخرج ثلثهم، أو عشرون فنصفهم، فإن لم يبق منها إلا عشرة أخرج جميعها إن

---

(1) انظر: المدونة: 10/124.

(2) انظر: المدونة: 10/199.

(3) قوله: (خمسهم) زيادة من (ن).

(4) في (ن): (حملهم).

(5) عياض: وقوله في (الذي يوصي بعشرة من عبيده يعتقون وعبيده خمسون، فمات منهم عشرون، يعتق ثلثهم بالسهم وإن خرج فيه أقل من عشرة أو أكثر)، هذا هو أصله، وهو موافق لما في أول باب السهم في العتق الأول وموافق لما يأتي في الجزء الثاني بعد هذا في مسألة الشياه، وأنه إنما يراعَى الجزء دخل فيه ما دخل ولا يلتفت إلى العدد، بخلاف ما له في آخر باب السهم في العتق الأول من مراعاة العدد ما حملهم الثلث، وقد بينا ذلك كله في العتق الأول، وقول من جعل ذلك قولاً واحداً أو وهم أحد الجوابين أو جعلهما قولين، وفسرناه غاية التفسير، فانظره هناك، وقد أشار بعضهم إلى أن مسألة الشياه في أول هذا الكتاب مخالفة - أيضاً - وهو قوله فيه:(يعطيه العشرة، قال: يدخل في تلك العشرة ما دخل)، كأنه رأى أنه أراد من القيمة، وظاهره عندي أن معناه يعطيه ما يجب لعشرة بالسهم، يدخل فيه من العدد ما دخل على أصله وعلى ما بيناه في العتق. وقوله هنا: (لم يسمهم) يدل أن مذهبه في الكتاب لو سماهم، فقال: أعتقوا عشرة من عبيدي فلاناً، وفلانا أنهم بخلاف إذا لم يسمهم، وأنهم يعتقون بالحصص عند ضيق الثلث، كما قال محمد وسحنون، وفي كتاب ابن حبيب لمُطَرِّف وعبد الملك: يقرع بينهم كما لو لم يسم.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2527، وما بعدها.

حملها الثلث كانت أكثر العدد قيمة أو أقله بخلاف الوصية، بجزء منهم، وإن لم يجمع الدور في القسم لافتراقها، فإن كانت أربعون داراً؛ أخذ الربع من كل ناحية بالسهم

ومن الثاني: وإن أوصى له بمبذر[1] عشرين مدياً[2] من أرضه، فإن كانت مبذر مائة فله خمسها بالسهم، وقع له أقل من عشرين لكرم الأرض أو أكثر لردائها[3].

وإن أوصى لرجل بثلثه ولآخر بعبده و قيمته[4] الثلث؛ فهلك العبد بعد موت السيد قبل النظر في الثلث، فإن ثلث ما بقي للموصى له بالثلث، وكأن الميت لم يوص إلا بثلثه لهذا فقط.

قال محمد: ما لم يقل: عبدي لفلان، وما بقي من ثلثي لفلان فلا بد أن يحيا الميت[5] بالتقويم، ويكون مضافاً إلى المال كأن لم يمت[6].

ومن الأول: وما هلك مما أوصى فيه بعطية أو بعتق قبل النظر في الثلث وهو شيء بعينه، أو عدد بغير عينه من جملة أشياء معينة فهلكت كلها، فكأن ذلك لم يكن وتبطل الوصية في ذلك، ولا يحاص به أهل الوصايا[7].

قال: ولا يقوم ميت ولا يقوم على ميت، وكذلك إن هلك[8] بعض التركة فالوصايا في ثلث ما بقي قائمة[9].

وإذا قال: ثلث عبيدي أو غنمي لفلان وصية فهلك[10] بعض ذلك؛ فله ثلث ما

---

(1) في (ن): (عبد).

(2) في (ش): (بذراً).

(3) في (ش): (لرداءتها)، وانظر المسألة في: المدونة: 10/221.

(4) في (ش): (و قيمة).

(5) وهو العبد الموصى بعتقه.

(6) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 11/483.

(7) انظر: المدونة: 10/117، 118.

(8) في (ن): (هلكت).

(9) انظر: المدونة: 10/117.

(10) في (ن): (وهلك).

بقي، بقي[1] ثلثهم أو أقل، وكذلك وصيته بنصفهم إن حمل الثلث وقع له واحد أو أكثر أو أقل، فإن لم يقتسموا كان شريكاً بثلثهم أو نصفهم.

ومن له ثلاثة أدؤر أوصى بثلثهن فاستحق[2] اثنان، أو بثلث[3] دار ثم استحق ثلثاها؛ فله ثلث [(ش: 120/أ)] ما بقي[4].

وكذلك ثلث[5] غنمه يستحق بعضها، فلا[6] يكون للموصى له إلا ثلث ما بقي منها، وإن حمل الثلث جميع ما بقي منها ولو أوصى بها كلها كان ما بقي منها له إن حمله الثلث[7].

وإن أوصى بنسمة تشترى فتعتق؛ لم تكن بالشراء حرة حتى تعتق، وإن ماتت[8] قبل ذلك وبعد الشراء فليشتروا[9] أخرى ما بينهم وبين مبلغ الثلث[10].

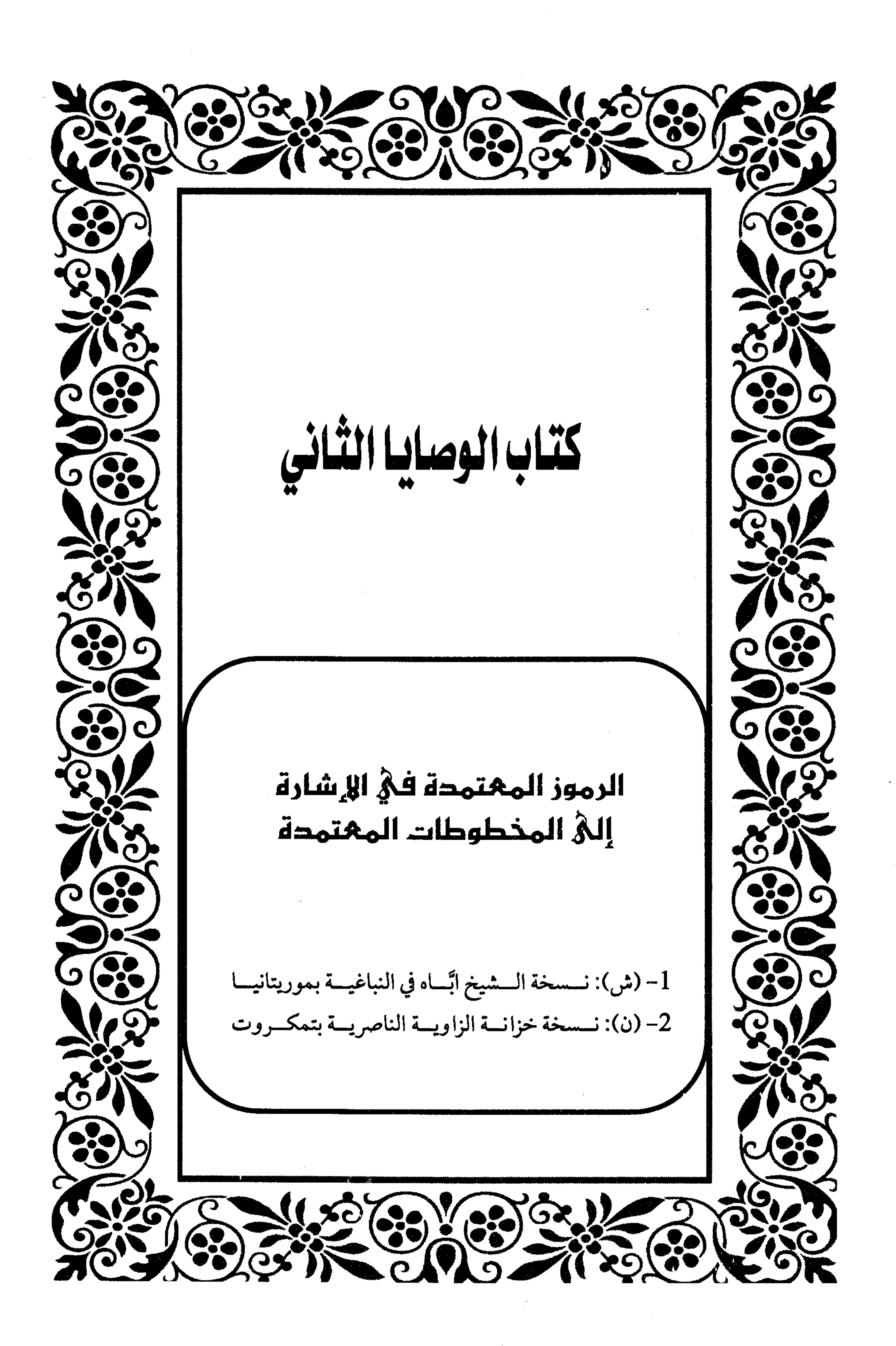
قال محمد عن ابن القاسم: ثلث ما بقي هكذا أبداً.

قال محمد: ما لم تفت[11] بعد قسمة المال فههنا، إنما[12] تشترى إن بقي من الثلث الأول شيء[13].



(1) في (ش): (يعني).
(2) في (ن): (واستحق).
(3) في (ن): (ثلث).
(4) انظر: المدونة: 10/223 و224.
(5) في (ن): (بثلث).
(6) في (ن): (ولا).
(7) انظر: المدونة: 10/122.
(8) في (ن): (مات).
(9) في (ش): (فليشتر).
(10) انظر: المدونة: 10/123.
(11) في (ن): (يمت).
(12) في (ش): (فما).
(13) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 11/485.





كتاب الوصايا الثاني

الرموز المعتمدة في الإشارة إلى المخطوطات المعتمدة

1- (ش): نسخة الشيخ ابَّاه في النباغية بموريتانيا

2- (ن): نسخة خزانة الزاوية الناصرية بتمكروت



الثاني من الوصايا[1]

باب المجهول في الوصايا والموصى له يموت وفيما يحدث فيما يوصى به من ولادة وغلة أو زيادة أو نقص مال[2] العبد والمدبر وغلة النخل وهل تقوم في الثلث؟

قال ابن القاسم في الجزء[3] الأول: والقضاء أن من أوصى بعتق نسمة تشترى ولم يسم ثمناً أخرجت بالاجتهاد بقدر[4] قلة المال وكثرته، وكذلك إن قال: عن ظهار[5]، فإن سمى ثمناً لا يسعه الثلث؛ اشتري بثلثه، فإن لم يبلغ في التطوع؛ شورك به في رقبة، فإن لم يبلغ أُعين به مكاتبٌ في آخر[6] نجومه[7].

ومن أوصى أن كل مملوك له مسلم حر، وله مسلمون ونصارى، ثم أسلم قبل موته بعضهم؛ فلا يعتق منهم إلا من كان يوم الوصية مسلماً[8].

ومن الثاني: وإذا أوصى بشيء يخرج كل يوم إلى غير أمد من وقيدٍ في مسجد، أو سقي ماء أو بخبز كل يوم بكذا وكذا أبداً[9]، وأوصى مع ذلك بوصايا فإنه يحاص لهذا المجهول بالثلث، ويوقف[10] لذلك حصته[11].

---

(1) قوله: (الثاني من الوصايا) ساقط من (ن).

(2) في (ن): (ومال).

(3) قوله: (الجزء) ساقط من (ن).

(4) في (ش) (وبقدر).

(5) في (ن): (ظهاري).

(6) في (ش): (أخذ).

(7) انظر: المدونة: 10/124، 125.

(8) انظر: المدونة: 10/132.

(9) قوله: (أبدا) ساقط من (ن).

(10) في (ن): (ونوقف).

(11) انظر: المدونة: 10/193، 194.

قال ابن الماجشون [(ش: 120/ب)] في المجموعة: إن أوصى بما لا أمد له في غير شيء مثل أن يوصي بوقيد في مسجد، وأن يسقى الماء في كل يوم، وأوصى بوصايا أُخر، فإنه يضرب للمجهولات كلها بالثلث، وكأنها[1] كصنف واحد أوصى به من المجهول[2].

قال ابن القاسم: وإذا أوصى لرجل[3] بمثل مصابة أحد بنيه، فإن كانوا ثلاثة فله الثلث، وقد سمعت مالكاً يقول فيمن أوصى إن لفلان مثل نصيب أحد ورثتي، ويترك رجالاً ونساء: إنه يقسم المال على عدد رؤوسهم فيعطى جزءاً منه، ثم يقسم ما بقي بين ورثته، إن[4] كانوا ولده فللذكر مثل حظ الأنثيين[5].

ولو أوصى لفلان بدينار من غلة داره كل سنة، أو بخمسة أوسق من غلة حائطه كل عام، والثلث يحمل الدار والحائط[6]، فأخذ ذلك عاماً، ثم بار[7] ذلك أعواماً

---

(1) في (ن): (وكأنها).

(2) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 569/11.

عياض: وقوله في (الموصي بالوقيد في المسجد وبوصايا: يتحاص المسجد بقيمة الثلث، وقول سحنون: وهو قول أكثر الرواة) تنبيه على الخلاف، وهو قول أَشْهَب في كتاب ابن شعبان، وما أشار إليه في كتاب محمد أنه يضرب له بالمال كله، ثم قال: (وكذلك إذا أوصى بشيء ليس له غاية) إلى آخر الكلام، وأنه وقع في بعض النسخ، وكذا في كتاب ابن عتاب وابن المرابط أول الكلام، وقال سحنون: وكذلك إذا أوصى، ولعبد الملك في المجموعة: إن وقع في الوصايا أصناف من هذا يضرب للمجهولات كلها بالثلث، ولو لم يوص بغيرها قسم الثلث بينها على السواء على عدد المجهولات، هذا كله قول عبد الملك، وقال غيره: بل يضرب لكل نوع من المجهول بثلث وحده، وقيل - أيضاً - على القول بأنه يضرب للجميع بثلث واحد: إن الثلث أو ما يقع لهذه المجهولات في الحصاص يقسم بينهم على قيمة ما يخرج كل يوم من تلك الوصايا. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2568، وما بعدها.

(3) قوله: (لرجل) زيادة من (ن).

(4) في (ش): (فإن).

(5) انظر: المدونة: 225/10.

(6) في (ن): (أو الحائط).

(7) في (ن): (جاز).

فللموصى له مما بقي من غلة العام الأول وصيته كل عام، فإن لم يبق منه شيء، فإذا أغل ذلك أخذ منه لكل عام مضى؛ لم يأخذ له شيئاً، ووجه السؤال: كأنه قال: أعطوه[1] كل سنة ديناراً من غلة داري، أو خمسة أوسق من غلة حائطي[2].

محمد: وكذا[3] لو أقام ذلك أول مرة عاماً أو عامين لا غلة له، ثم أغل[4] في عام ثالث لأخذ من غلة العام الثالث، عن كل عام تقدم[5].

ولو أكروا الدار في أول سنة بعشرة دنانير فضاعت إلا ديناراً كان ذلك الدينار للموصى له، لأن كراء الدار لا شيء للورثة منه إلا بعد أخذ الموصى له منه وصيته، وكذلك غلة الجنان.

قال ابن القاسم: ولو قال: أعطوه[6]من غلة كل سنة، أو من كراء كل سنة ديناراً؛ لم يكن له أن يأخذ من غلة سنة[7] عن سنة أخرى لم تغل، ولو أكريت[8] الدار أول عام بأقل من دينار، وجاءت[9] النخل بأقل من خمسة أوسق لم يرجع بتمام ذلك في عام بعده.

قال مالك: وإن أوصى بغلة داره أو جنانه للمساكين؛ جاز[10]. وذلك لمن حضر القسمة.

وإن أوصى بثلثه في السبيل بدئ بأهل الحاجة منهم.

---

(1) في (ش): (أعطوا).

(2) انظر: المدونة: 10/210، 211.

(3) في (ن): (وكذلك).

(4) في (ن): (اغتل).

(5) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 11/445.

(6) في (ش): (أعطوا).

(7) في (ن): (كل سنة).

(8) في (ن): (اكتريت).

(9) في (ن): (أو جادت)، والمثبت موافق لما في التهذيب: 4/279.

(10) انظر: المدونة: 10/212.

فإن[1] أوصى به لتميم أو قيسٍ؛ جاز وقسم على الاجتهاد، ولا يدخل فيه الموالي، فإن[2] قال: لموالي فلان؛ كان لمواليه الأسفلين دون الأعلين[3].

قال أشهب: بل هو بين الأعلين والأسفلين نصفان[4].

قال ابن القاسم: وكل وصية لمن ليس بعينه من مجهول من يأتي أو قوم لا يحاط بعدتهم، فإنما هي لمن حضر القسم[5].

ولا يحسب من مات قبل ذلك، ولا يحرم من ولد، وإذا أوصى لولد ولده بثلثه، ولا يرثونه فذلك جائز، قيل: فإن ولد لبعضهم أو مات أحدهم بعد موت الموصي، قال ذلك كقول مالك في الموصي لأخواله [(ش: 121/أ)] وأولادهم ولمواليه[6].

ابن القاسم: أو لبني عمه أو لبني فلان بثلثه أنه لمن حضر القسم كالوصية لا يحسب من مات بعد موت الموصي، ولا يحرم من ولد[7].

وقال في باب بعده فيمن أوصى بثلثه لموالي فلان فمات بعضهم وولد لبعضهم وعتق آخرون قبل القسم: إن ذلك لمن حضر القسم، كالوصية لولد[8] الولد[9].

وقال: فيمن أوصى لولد فلان بثلثه[10]، وكانوا عشرة ذكورًا وإناثًا إن ما أوصى لهم به من وصية ناجزة، فذلك على عدتهم بالسواء، وأما إن حبس داره أو ثمرة حائطه على ولد فلان أو ولد ولده، أو على[11] بني فلان؛ فإنه يؤثر الأحوج في الغلة

---

(1) في (ن): (وإن).

(2) في (ن): (وإن).

(3) انظر: المدونة: 10/229 و230.

(4) في (ش): (نصفين)، وانظر المسألة في: التبصرة، للخمي، ص: 3691.

(5) في (ن): (القسمة).

(6) في (ن): (أو لمواليه).

(7) انظر: المدونة: 10/226، 227.

(8) في (ن): (لوالد)، والمثبت موافق لما في التهذيب: 2/286.

(9) انظر: المدونة: 10/230.

(10) قوله: (بثلثه) ساقط من (ن).

(11) قوله: (على) زيادة من (ن).

والسكنى[1].

قال سحنون: هذا[2] أحسن من قوله، فيمن أوصى لأخواله وأولادهم[3]: وليس وصيته لأخواله أو ولد فلان بشيء ناجز كوصيته لهم بغلة موقوفة تقسم إذا حضرت كل عام، هذا قد علم أنه أراد بها غير معينين، وهي على كل[4] مجهول من يأتي، فأما وصيته لأخواله أو ولد فلان بمال ناجز، وهم معروفون تعلم[5] عدتهم فكالوصية لمعينين حتى لو أوصى بهذا المال الناجز لمن لا يحاط بهم عدداً كبني تميم وزهرة، أو المساكين فليسوا بأعيان، وذلك لمن حضر.

قال ابن القاسم: وإن قال: ثلثي لهؤلاء النفر وهم عشرة، فإن من مات منهم يرث نصيبه وارثوه.

---

(1) عياض: وقوله: (إذا أوصى بحبس داره أو ثمرة حائطه على ولد رجل أو ولد ولده، فإنه يؤثر أهل الحاجة بالسكنى والغلة، وأما الوصايا فأراها بينهم بالسوية). قال سحنون: (وهذه أحسن من الذي يوصي لأخواله وأولادهم) إلى قوله: (ليس وصية الرجل لولد رجل ولأخواله بمال يكون لهم ناجزاً، يقتسمونه بينهم بمنزلة وصيته لهم بغلة تقسم عليهم محبسة موقوفة؛ لأن معنى الحبس إنما هو قسمة إذا حضرت الغلة كل عام)إلى آخر كلامه في المسألة، فتأول سحنون أنه اختلاف من قوله لقوله أولاً في مسألة الأخوال: إنما يكون لمن أدرك القسم منهم، فجعلها بمنزلة المجهولين. وبقوله آخراً: أراها بينهم بالسوية، فجعلها كمسألة المعينين والخلاف فيها معلوم، وذهب عبد الملك إلى أنه محمول على المعينين إذا كانوا معروفين؛ يريد حتى يعرف أنه أراد التعقيب ومن يأتي بعد، وهو قول سحنون، بخلاف قوله: (لبني تميم وقيس)، ومن لا ينحصر، واختلف فيها قول أَشْهَب، فقال مرة: مثل هذا، وقال أخرى: هم على الجهالة ويقسم على من حضر القسم دون من مات ، ورواه... عن مالك، وقال محمد: إلا أن يسميهم أو يعلم أنه قصد أعيانهم، وذهب غير سحنون إلى أن ما في الكتاب ليس بخلاف وإنما تكلم عليصفة اختلاف القسم وأنه يسوي في الوصايا، ويجتهد في الحبس لا أنه خالف فيمن يقسم عليه، وما ذهب إليه بعض الشيوخ القرويين من أنه إن كانوا لا يضبطون؛ لكثرتهم، كبني تميم وقيس أنه لا يختلف أنه لمن حضر القسم صحيح... كما قال. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2580، وما بعدها.

(2) في (ن): (هذه).

(3) في (ن): (ولأولادهم).

(4) قوله: (كل) زيادة من (ن).

(5) في (ش): (يعلم).

وإن قال: ثلثي لفلان وفلان وهما غنيٌّ وفقيرٌ، فالمال بينهما نصفين[1].

من الأول[2]، والثاني: وإن قال: لفلان وللمساكين، أو السبيل والفقراء، أو لليتامى[3] قسم بالاجتهاد، لا أثلاثاً ولا أنصافاً.

وإذا أوصى بشيء في السبيل بدئ بأهل الحاجة منهم[4].

وإن قال: ثلثي لولد فلان، وقد علم أنه لا ولد له؛ جاز، وينظر أيولد له أم لا، ويساوى فيه بين الذكر والأنثى[5]، ولو لم يعلم أنه لا ولد له، فذلك باطل، وكذلك وصيته لميت، ولا يعلم بموته، وإن علم كانت نافذة لورثة الموصى له [(ش: 121/ب)] ويقضى بها دينه[6].

قال: وإذا أوصى لرجل فمات الموصى له بعد موت الموصي، فالوصية لورثة الموصى له بها[7] علم بها أو لم يعلم[8]، ولهم ألا يقبلوها كشفعة له أو خيار في بيع ورثوه[9]، وإن مات قبله بطلت علم الموصي بموته، أو لم يعلم[10].

قال مالك: ويحاص بها أهل الوصايا في ضيق الثلث، ثم تورث تلك الحصة،

---

(1) المدونة: 10/225، وما بعدها.

(2) انظر: المدونة: 10/179.

(3) قوله: (أو السبيل والفقراء أو لليتامى) يقابله في (ن): (وفي السبيل وللفقراء واليتامى).

(4) انظر: المدونة: 10/178 و179.

(5) قوله: (الذكر والأنثى) يقابله في (ن): (الذكور والإناث).

(6) انظر: المدونة: 10/228.

(7) قوله: (بها) زيادة من (ن).

(8) قوله: (أو لم يعلم) يقابله في (ن): (أم لا).

(9) عياض: وقوله: (إن أوصيت إلى رجل فمات بعد موت الموصَى، ولم يعلم بالوصية هي لورثة الموصى له ولهم أن لا يقبلوها ويردوها)، بين من مذهبه في الكتاب أنها لا تحتاج لقبول الموصي قبل موته ولا علمه وأن قبولها حق يورث عنه، وذكر الأبهري أنها إنما تكون للورثة إذا قبلها الموصى له، فمتى لم يقبل سقط حقهم فيها ورجعت لورثة الموصي، وقيل: إنها حق ثبت للميت يورث عنه على كل حال وليس لورثته رده ولا يحتاجون لقبول. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2554.

(10) قوله: (أو لم يعلم) يقابله في (ن): (أم لا).

وأكثر الرواة على أنهم يتحاصون[1] بها إن لم يعلم بموته، ولا يتحاصون[2] بها إن علم[3].

وإن أوصى لحمل امرأة فأسقطته بعد موت الموصي، فإن لم يستهل صارخاً؛ بطلت[4] الوصية[5].

وإن قال: ثلثي لفلان وفلان فمات أحدهما بعد موت الموصي لورث نصيبه ورثته[6].

وإن مات قبله؛ فللباقي نصف الثلث، ولا شيء لورثة الآخر[7].

وإن أوصى لفلان بعشرة دراهم وله[8] ولفلان بعشرة، والثلث عشرة، فمات أحدهما قبل موت الموصي فكان مالك يقول: إن علم الموصي بموته فالعشرة للباقي، وإن لم يعلم حوصص بينهما فيصير للحي خمسة، وترجع الخمسة التي وقعت للميت لورثة الموصي ميراثاً، وعليه أكثر الرواة.

ثم قال مالك: تكون العشرة للباقي علم الموصي بموته أم لا، ثم قال: أرى أن يحاص بها الباقي علم الموصي بموت الآخر أم لا وبه يأخذ.

وكذلك قوله: ثلث مالي لفلان وثلثا مالي لفلان فيموت أحدهما على اختلاف القول في صاحبي العشرة سواء[9].

وإذا أوصى لرجل برقبة جنانه أو بأمته أو بعتقها؛ فأثمر الجنان عاماً أو عامين، أو

---

(1) في (ن): (يتحاصوا).

(2) في (ن): (ولا يتحاصوا).

(3) انظر: المدونة: 10/228 و229.

(4) في (ن): (بطل).

(5) انظر: المدونة: 10/153.

(6) انظر: المدونة: 10/232.

(7) انظر: المدونة: 10/230.

(8) قوله: (وله) زيادة من (ن).

(9) انظر: المدونة: 10/230، وما بعدها.

ولدت الأمة[1] وذلك كله قبل موت الموصي، والثلث يحمل الجنان، وما أثمر والأمة وولـدها، فـإن[2] الولـد والثمـرة للورثـة دون المـوصى لـه، وذلـك إذا أبـرت النخـل وألقحت الشجر قبل موت الموصي، فالثمرة للورثة دون الموصى له[3].

ومن غير المدونة، قال أشهب مثله، وقال: إذا أوصى له بغلة حائطه[4] فمات الموصي، وفي الحائط ثمرة طابت أو لم تطب، أو لم تؤبر فهو للموصى له به[5].

ومن المدونة، قال ابن القاسم: ولو ولدت الأمة بعد موته لعتق الولد [(ش: 122/أ)] مع الأم، أو[6] مبلغ الثلث منهما بلا سهم كولد المدبرة بعد التدبير[7].

محمد: وما ولدت قبل موته ولو ساعة[8] فهو رقيق، وما ولدت بعد الموت عتق معها حملت به[9] قبل الوصية أو بعدها[10].

قال ابن القاسم: وأما[11] ما أثمرت[12] الجنان بعد موته قبل النظر في الثلث فتلك الثمرة للموصى له، ولا تقوم مع الأصل، وهي كالغلة والخراج لا كالولد في الأمة.

وكذلك ما أفاد[13] المدبر والموصى بعتقه، والموصى به لرجل من فوائد بعد موت الموصي قبل النظر في الثلث، فلا يقوم معهم في الثلث، وإنما يقوم معهم من أموالهم ما

---

(1) في (ش): (الجارية).
(2) في (ش): (لأن).
(3) انظر: المدونة: 10/216.
(4) في (ش): (حائط).
(5) انظر: النوادر والزيادات: 11/483.
(6) في (ش): (و).
(7) انظر: المدونة: 10/160.
(8) قوله: (ولو ساعة) يقابله في (ن): (وإن ولد بسابعة).
(9) قوله: (به) زيادة من (ن).
(10) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 12/431.
(11) قوله: (أما) ساقط من (ن).
(12) في (ش): (أثمر).
(13) في (ش): (أفاده).

مات السيد، وهو بأيديهم، أو ما نما من ربحه بعد موته، وليس لهم أن يتجروا فيه بعد موته، فإن فعلوا فالربح بمنزلة رأس المال.

وكذلك لا يقوم مع المبتل في المرض ما أفاد بعد عتقه قبل موت السيد أو بعد موته، وهذه الفوائد لهم إن حمل الثلث رقابهم، وللموصى له بالعبد وإن حمل بعض الرقاب وقف ذلك المال بأيديهم.

قال سحنون: وقد[1] قال غيرَ[2] هذا، وهو كقول أكثر الرواة: إن جميع[3] ما اجتمع في الإيقاف بعد الموت لاجتماع المال للمدبر[4]، أو الموصى له بعتقه أو برقبته لرجل من مال تقدم[5] لهم، أو ما ربحوا فيه بتجارة، أو من عمل أيديهم أو بهبة، أو غيرها من الفوائد، فإن ذلك يقوم في الثلث معهم خلا أرش ما جني عليهم، فليس لهم، وذلك للسيد كبعض تركته، ويقومون مغصوبون.

وكذلك المبتل في المرض يقوم ماله معه، وما أفاد من ذلك كله بعد العتق قبل موت السيد أو بعده.

وكذلك الجنان الموصى به لرجل أن ما أثمرت[6] بعد موت الموصي يقوم مع الأصول في الثلث، فإن حمل الثلث من العبيد الذين ذكرنا أنصافهم بأموالهم وقف المال بأيديهم ولا ينزع ممن جرت فيه حرية منهم[7].

وكذلك إن حمل نصف النخل ونصف الثمرة فللموصى له نصف الأصل ونصف الثمرة، واستحداث الميت الدين في المرض يرد ما بتل من العتق في مرضه، ويضر

---

(1) قوله: (قد) زيادة من (ن).

(2) في (ن): (غيره)، والمثبت موافق لما في المدونة.

(3) قوله: (جميع) ساقط من (ن).

(4) في (ش): (المدبر).

(5) في (ش): (يقدم).

(6) في (ش): (أثمر).

(7) قوله: (منهم) ساقط من (ش).

بالعبد كما يضر به ما تلف[1] من المال[2].

جامع خلع الثلث وما يخلع فيه
ووجوه المحاصة[3] بين أهل الوصايا بالخدمة والغلات[4] وبالعتق وغيره[5] وكيف يقوم ذلك بالتحاصص[6]

وروي[7] أن رجلاً أعتق ستة مملوكين له[8] لا مال له غيرهم فأسهم رسول الله ﷺ بينهم فأعتق ثلث ذلك الرقيق فحرم بعضهم وأعتق بعضهم[9].

[(ش: 122/ب)] فإذا[10] ضاق الثلث على الوصايا أسلم الثلث لوصايا الميت.

وقال[11] ابن القاسم في الجزء الثاني: فيمن أوصى لرجل بثلث ماله، ولآخر بماله كله، فالثلث بينهما على أربعة أسهم[12].

ولو أوصى لهذا بماله، ولآخر بنصفه ولآخر بثلثه، ولآخر بعشرين ديناراً، والتركة ستون فخذ لصاحب الكل ستة أجزاء، ولصاحب النصف ثلاثة، وللثلث اثنين،

---

(1) قوله: (ما تلف) يقابله في (ن): (ما ائتنف)، والمثبت موافق لما في المدونة.

(2) انظر: المدونة: 216/10، وما بعدها.

(3) في (ن): (المحاصات).

(4) في (ن): (الغلة).

(5) قوله: (وبالعتق وغيره) زيادة من (ن).

(6) في (ن): (في التحاصص).

(7) قوله: (الواو) زيادة من (ن).

(8) قوله: (له) ساقط من (ن).

(9) أخرجه مسلم: 1288/3، في باب من أعتق شركا له في عبد، من كتاب الأيمان، برقم: 1668، وأبو داود: 422/2، في باب فيمن أعتق عبيدا له لم يبلغهم الثلث، من كتاب العتق، برقم: 3958، والترمذي: 645/3، كتاب الأحكام، باب ما جاء فيمن يعتق مماليكه عند موته وليس له مال غيرهم، برقم: 1364، من حديث عمران بن حصين ﷺ.

(10) في (ن): (وإذا).

(11) قوله: (الواو) ساقط من (ن).

(12) انظر: المدونة: 223/10.

ولصاحب العشرين سهمين، لأن عشرين هي[1] الثلث؛ فذلك ثلاثة عشر جزءاً، يقسم عليها الثلث فيأخذ كل واحد ما سمي له[2].

وكذلك إن أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بربعه، ولآخر بسدسه أو بخمسه، ولم يجز الورثة؛ لتحاصوا[3] في الثلث من عين ودين وغيره على الأجزاء[4].

وإن أوصى لهذا بعبد[5] ولآخر بسدس ماله، والعبد هو الثلث فللموصى له بالعبد ثلثا الثلث في العبد، والآخر شريك للورثة بسبع ما يبقى من بقية[6] العبد، وسائر التركة، وإن كان العبد السدس كان جميعه له، والآخر شريك بخمس بقية التركة[7].

ومن رد ما أوصي له به رجع ميراثاً بعد أن يحاص به أهل الوصايا؛ مثل أن يوصي لثلاثة نفر بعشرة عشرة، وثلثه[8] عشرة، فرد أحدهم وصيته؛ فللباقين ثلثا الثلث[9].

---

(1) في (ن): (هو).

(2) انظر: المدونة: 10/198 و199.

(3) في (ش): (ليخلصوا).

(4) انظر: المدونة: 10/195.

(5) في (ن): (بعده).

(6) في (ن): (قيمة).

(7) انظر: المدونة: 10/200 و201.

عياض: ومسألة (الذي يوصي بعبده لرجل وبسدس ماله لآخر، وكان العبد نصف ثلث المال، أخذه الموصى له به ويأخذ صاحب السدس وصيته، فما بقييكون شريكاً للورثة بذلك، وهو خمس المال. قال سحنون: وقال علي بن زياد: مثله ورواه عن مالك، وعليه قول ابن القاسم)، إنما نبه بهذا سحنون وشد به ما تقدم؛ تنبيها للخلاف عن ابن القاسم في ذلك في العتبية، وكتاب محمد: أن للموصى له بسدس المال سدس ما صار من العبد الموصى له به؛ لأنه لما قال: سدس مالي لفلان، فقد أوجب له سدس العبد الذي أوصى به للآخر. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2573 و2574.

(8) في (ش): (وثلاثة).

(9) انظر: المدونة: 10/198.

وأما إن أوصى لوارث أو أوصى لرجل قد مات قبله فوجه الحصاص في ذلك قد تقدم ذكره.

ومن أوصى بعتق عبده[1] وهو لا يخرج مما حضر، وله مال غائب يخرج منه[2]، فإنه يوقف لاجتماع المال، فإذا اجتمع قوِّم[3] حينئذ في ثلثه، وليس له أن يقول: أعتقوا مني ثلث الحاضر الساعةَ[4].

قال سحنون: إلا أن يضر[5] ذلك بالموصى له وبالورثة فيما يعسر جمعه ويطول[6].

وقال أشهب: يعتق[7] ثلثه الساعةَ إن لم يحضر غيره، أو مبلغ ثلث ما حضر[8].

ومن أوصى بوصايا وله مال حاضر، ومال غائب يخرج منه، ولا يخرج مما حضر خير الورثة بين إخراجها مما حضر أو إسلام ثلث الحاضر والغائب لأهل الوصايا

---

(1) في (ش): (عبد).

(2) قوله: (يخرج منه) يقابله في (ش): (فخرج فيه).

(3) قوله: (قوم) ساقط من (ن).

(4) عياض: ومسألة (الموصى بعتقه وللمتوفي مال حاضر ومال غائب ولا يخرج العبد من الحاضر، فيوقف العبد لاجتماع المال، وقال سحنون: إلا أن يكون في ذلك ضرر على الموصي والموصى له فيما يسد وجه مطلبه ويعسر جمع المال ويطول ذلك). كذا رواية ابن وضاح وابن باز بالسين المهملة من السداد، ورواه الأصيلي عن الدباغ والابياني يشتد بالمعجمة من الشدة، بمعنى: بعد وعسر، وهذا نحو ما في كتاب محمد أنه إذا طال ذلك كالأشهر والسنة أنفذ الثلث، وفسر أَشْهَب المسألة أنه يعتق منه ثلث الحاضر ثم كلما اقتضى من الغائب من قليل أو كثير أعتق من العبد بمقدار ثلث ذلك، وقال أبو عِمرَان: يشبه أن يكون هذا تفسيراً؛ لقول ابن القاسم. وقوله في هذه المسألة: (والعبد لا يخرج من المال الحاضر). قال ابن عتاب: معناه لا يخرج من ثلث الحاضر ولم يرد جميعه، وقوله: (ودرج)؛ يريد أي ذهب، وعبد الله بن حيان الليثي، بفتح الحاء وياء باثنين تحتها. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2570، 2571.

(5) في (ش): (يضير).

(6) انظر: المدونة: 10/197.

(7) في (ن): (تعتق).

(8) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 11/423.

يتحاصون فيه قل أو كثر.

وكذلك إن أوصى لرجل بمائة دينار ولا تخرج[1] من ثلث ما حضر، وإذا كان له عقار وعروض ودين وشيء غائب؛ فثلث ذلك كله يسلم فيما ذكرنا وإن لم يترك إلا مائة عيناً[2] ومائة ديناً[3]، وأوصى لرجل بثلث العين ولآخر[4] بثلث الدين، فذلك نافذ[5].

وإن أوصى لهذا بخمسين من العين ولآخر بأربعين من الدين، فإن لم يجز الورثة أسلموا[6] ثلث العين والدين إليهما؛ فيتحاصان فيه صاحب الأربعين [(ش: 123/أ)] من الدين بقيمتها نقداً، والآخر بخمسين؛ فيكون بينهما ثلث[7] العين والدين على ذلك[8].

قال محمد: ولو أوصى لهذا بخمسين من العين، ولآخر بخمسين من الدين أو بنصف هذه، ونصف هذه، أو بعدد متساوٍ أو جزء متساو[9] أكثر من الثلث، فإن لم يدع غيرهما، فلا حصاص، ولكل واحد ثلث مائته[10]، فإن كان له[11] مال غيرهما فهاهنا يقع الحصاص والتقويم[12] واشتركا[13] في ثلث الميت من كل شيء[14].

---

(1) في (ش): (يخرج).

(2) في (ش): (ديناً).

(3) في (ش): (دينار).

(4) قوله: (بثلث العين ولآخر) ساقط من (ن).

(5) انظر: المدونة: 10/197.

(6) في (ش): (سلموا).

(7) قوله: (ثلث) زيادة من (ن).

(8) انظر: المدونة: 10/195.

(9) قوله: (أو جزء متساو) زيادة من (ن).

(10) في (ن): (ما بيده).

(11) في (ش): (لهما).

(12) في (ش): (والتقدم).

(13) في (ن): (يشتركا).

(14) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 11/463.

قال ابن القاسم: وإن أوصى لرجل بدين لا يحمله الثلث، وله عين حاضر، فإما أجاز الورثة أو قطعوا له بثلث العين والدين، وكذلك إن أوصى من العين بأكثر من ثلث العين، وله عقار وعروض كثيرة، فقالت الورثة لا نسلم العين ونأخذ العروض فإما أعطوه ذلك من النقد، وإما قطعوا له بثلث العين وسائر التركة، قاله مالك في كل شيء من هذا الوجه[1]، إلا في كل من أوصي له في رقبة[2] عبد أو دار أو عرض بعينه، وضاق الثلث، فقال مرة: إن لم يجيزوا؛ قطعوا له بالثلث من كل شيء، وقال مرة: بمبلغ ثلث جميع[3] التركة في ذلك الشيء بعينه، وهذا أحب إلي بخلاف الوصية بالخدمة أو بالسكنى[4].

ومن كتاب الهبات: ومن أوصى لرجل بدار وثلثه يحملها[5]، فقال الورثة[6]: نعطيك ثلث[7] جميع ماله ولا نعطيك الدار؛ فليس ذلك لهم، وله أخذ الدار[8].

ومن الثاني: وأما إن أوصى بخدمة عبيده[9] أو سكنى داره أجلاً أو حياة فلان[10]، أو يؤاجر أرضه من فلان سنين مسماة بثمن معلوم[11]، جعلت[12] في الثلث قيمة[13] الرقاب، ....

(1) قوله: (هذا الوجه) يقابله في (ن): (هذه الوجوه).
(2) قوله: (في رقبة) يقابله في (ن): (برقبة).
(3) قوله: (جميع) زيادة من (ن).
(4) انظر: المدونة: 196/10.
(5) في (ش): (فحملها).
(6) في (ن): (ورثته).
(7) قوله: (ثلث) ساقط من (ن).
(8) انظر: المدونة: 266/10 و267.
(9) في (ن): (عبده).
(10) انظر: المدونة: 186/10.
(11) قوله: (بثمن معلوم) يقابله في (ن): (ممن يعلم).
(12) لعلها: جعلت
(13) في (ش): (قيمته).

فإن حملها[1]؛ نفذت الوصايا، فإن[2] لم يحمل ذلك خير الورثة في إجازة ذلك، أو القطع بثلث الميت من كل شيء للموصى له بتلاً[3].

فإن لم يدع غير الدار أو العبد أخذ ثلث ذلك بتلاً ملكاً، ثم لا كراء على الموصى له[4] بأن يكري منه[5].

قال محمد عن ابن القاسم: ومن[6] أوصى بخدمة عبد له لرجل حياته، ولقوم بوصايا، ولم يترك غير العبد وأجاز[7] الورثة الوصية بالخدمة للرجل، فإنه يباع ثلث العبد فيتحاص في ثلث ثمنه[8] صاحب الخدمة بقيمتها على غررها، وأهل الوصايا فما[9] صار من ذلك للمخدم أخذه بتلاً، ثم يختدم ثلثي العبد أيضاً[10] حتى يموت[11].

قال ابن القاسم: فإن[12] أوصى بغلة داره أو جنانه[13] للمساكين؛ جاز

---

(1) في (ش): (حملنا).

(2) في (ن): (وإن).

(3) عياض: ومسألة (الموصي بأن تكرى أرضه من فلان سنين سماها فلم يحملها الثلث، ولم يجز الورثة، فإنهم يقطعون له بالثلث بتلا).

قال أبو عِمرَان: معناه أنه حابى، ولو لم يحاب في الكراء لزم ذلك الورثة؛ لأن بيع المريض وشراءه جائز بغير محاباة إلا أن يقول: اكتروها ولم يسم بماذا، فهي وصية كلها ينظر هل حملها الثلث أو لا. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2570.

(4) قوله: (له) ساقط من (ش).

(5) انظر: المدونة: 10/194.

(6) في (ش): (من).

(7) قوله: (العبد وأجاز) يقابله في (ش): (العبيد فأجاز).

(8) قوله: (ثلث ثمنه) يقابله في (ش): (ثمن ثلثه).

(9) في (ن): (وما).

(10) قوله: (أيضاً) زيادة من (ن).

(11) انظر: النوادر والزيادات: 11/429.

(12) في (ن): (وإن).

(13) في (ش): (جناته).

ذلك[1].

قال[2] محمد: فإن لم يسع ذلك الثلث فما[3] حمل من ذلك موقوفاً للمساكين فلا تخيير[4] ههنا.

يريد، لأنها كلها[5] وصية بالرقبة، لأنها مؤبدة[6].

قال ابن القاسم: والوصية في العبد بالغلة أو بالخدمة سواء[7].

وأما الوصية برقبة عبد أو دار لرجل، فقول أكثر الرواة أنه يقطع له بمحمل الثلث في تلك الأعيان، كما ذكرنا، ولا تخيير هاهنا[8].

وكذلك من أوصى لرجل بجزء من ماله ولآخر بشيء بعينه أنه يحاص بقيمة الشيء بعينه فيأخذ ما نابه فيه بعينه، وما كان للآخر كان شريكاً للورثة في جميع التركة، ولو هلكت الأعيان بطلت الوصايا فيها، وكان ثلث ما بقي [(ش: 123/ب)] لمن بقي من أهل الوصايا[9].

وإن لم يدع إلا ثلاثة أعبد قيمتهم سواء، فأوصى بأحدهم لرجل وبخدمة الآخر لآخر حياته، فإن لم يجز الورثة أسلموا الثلث فيضرب[10] فيه صاحب الرقبة بقيمتها، وصاحب الخدمة بقيمتها على غررها على أقل العمرين[11] من عمر العبد أو المخدَم،

---

(1) انظر: المدونة: 212/10.

(2) قوله: (قال) ساقط من (ن).

(3) في (ن): (وما).

(4) في (ن): (يجبر).

(5) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 440/11.

(6) قوله: (لأنها كلها وصية) يقابله في (ش): (لأنه كالوصية).

(7) انظر: المدونة: 159/10.

(8) انظر: المدونة: 186/10 و187.

(9) انظر: المدونة: 200/10.

(10) في (ش): (فضرب).

(11) في (ش): (العمر).

فما صار لصاحب الرقبة أخذه فيها[1]، وما صار لصاحب الخدمة كان به شريكاً في[2] سائر التركة بتلاً، وكذلك إن أوصى لآخر[3] بالثلث[4].

ومسألة الدين يطرأ بعد إنفاذ العتق في باب المجهول من الأول والثاني.

ولو قال: أعتقوا عبدي بعد موتي بشهر أو هو حر بعد موتي بشهر، فذلك سواء نافذ، فإن لم يحمله الثلث خير الورثة بين أن يجيزوا أو يعتقوا الآن محمل الثلث منه بتلاً[5].

ولو أوصى بعتق عبده بعد سنة، ولفلان بثلثه أو بمائة دينار، والعبد هو من[6]

---

(1) قوله: (فيها) زيادة من (ن).

(2) قوله: (شريكا في) ساقط من (ن).

(3) في (ش): (لأحد).

(4) انظر: المدونة: 10/187 و188.

عياض: وقوله في (الذي أوصى برقبة عبده لرجل وبخدمته لآخر ولا يحمله الثلث، يقال للورثة: أجيزوا ذلك، فإن لم يفعلوا سلموا ثلث الميت، فيجعل ما في العبد فيعطاه صاحب الخدمة يخدمه على مقدار ما حمل منه الثلث فصاحب الرقبة؛ لأنه إنما له إن حمل نصفاً خدم يوماً له ويوما للورثة، فإذا انقضى أجل الخدمة إن كانت إلى سنين أو لموت المخدم، رجع ما حمل منه الثلث لصاحب الرقبة؛ لأنه إنما له ما بعد الخدمة والخدمة... مبدأة).

قال فضل: الذي ينبغي في ذلك أن ينظر كم قيمة الخدمة وكم قيمة الرقبة بغير مرجعها، فتكون قيمة الخدمة للموصى له بها شائعاً في المال، فإن اغترقت الثلث فلا شيء لصاحب مرجع الرقبة لتبدئة هذا عليه، فإن كان له فضل فله في العبد بتلا وبقيته للورثة، وقد طرح سحنون اسمه عليها، كأنه لم يعجبه قول ابن القاسم.

وانظر قوله بعد ذلك: (إذا قال: يخدم عبدي فلاناً ولم يقل حياته ولاضرب أجلا وأوصى برقبته لآخر)، فلم يجب عنها جواباً بيناً، ورجع إلى الجواب عن إذا جعل له الخدمة وأجاب غيره عنها بأنها مثل قوله (حياة المخدم)، وعليه حملوا مذهب ابن القاسم وأنه وفاق لغيره، وإنما يختلفان إذا قال: خدمة عبدي لفلان، وعليها أجاب في الكتاب بالتحاصص ابن القاسم، ورأى محمل وصيته بخدمة عبده إلى حياة العبد، فكانت وصيتان في العبد لا تبدأ أحدهما على الأخرى. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2565، وما بعدها.

(5) انظر: المدونة: 10/132.

(6) قوله: (من) زيادة من (ن).

الثلث بدئ بالعبد[1]، ولم يعتق إلا بعد سنة، وخير[2] الورثة بين أن يعطوا المائة أو الثلث للموصى له بالثلث[3]، ويأخذوا الخدمة وبين أن يسلموا هذه الخدمة للموصى له، لأنها بقية[4] الثلث، فإن أسلموها إليه فمات العبد قبل السنة عن مال فهو لأهل الوصايا.

محمد: ولا شيء لصاحب الخدمة؛ لأن عين وصيته قد ذهب[5].

قال ابن القاسم: وإن[6] لم يحمل العبد مبلغ[7] الثلث بتلاً[8]؛ خيّر الورثة في إجازة الوصية، أو العتق من العبد مبلغ الثلث بتلاً، وتسقط[9] الوصايا[10].

---

(1) في (ن): (العبد).

(2) في (ن): (ويخير).

(3) قوله: (بالثلث) زيادة من (ن).

(4) في (ن): (بقضية).

(5) قوله: (محمد: ولا شيء... عين وصيته قد ذهب) زيادة من (ن)، وانظر المسألة في: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 11/434.

(6) في (ن): (فإن).

(7) قوله: (مبلغ) ساقط من (ش).

(8) قوله: (بتلا) ساقط من (ش).

(9) في (ش): (وسقط).

(10) عياض: وإلى قوله: (فإن كانت قيمة العبد أكثر من الثلث خير الورثة بين أن ينفذوا ما قال الميت أو يعتقوا ما حمل الثلث من العبد بتلا وتسقط الوصايا)، وهذا قول الرواة لا أعلم بينهم فيه اختلافاً انتهت المسألة عند ابن عتاب، وفي كتاب ابن سهل زيادة (إلا أَشْهَب) فإنه يأباه ولم يبين قوله، وقال في الثاني: وهذا عليه أكثر الرواة، فنبه على الخلاف في ذلك، وقول أَشْهَب: إنه يقال لهم: أنفذوا ما قال الميت في العبد؛ يعني في عتقه إلى أجله، ثم أنتم بالخيار في أن تدفعوا له ما أوصى له به أو إسلام خدمة ما يخرج من الثلث أوفأعتقوا محمل الثلث من العبد بتلا، قال: وكنت أقول: يخدم ثلثي سنة ثم هو حر؛ يعني أنه لم يترك سواه؛ إذ الخدمة مبدأة في عتقه كله، فكذلك في عتق ثلثه، يعني أو ما حمل منه الثلث، ثم رأيت أن يبدأ العتق على الخدمة لما حالت وصية الميت، وإلى هذا رجع مالك بعد أن قال بالقول الآخر. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2557 و2558.

وقاله جميع الرواة إلا أشهب، وقال أشهب بهذا وبخلافه[1].

قال ابن القاسم: وإذا قال: عبدي يخدم فلاناً سنة أو حياته، ثم هو حر وصيةً، ولم يدع سواه فأبى الورثة أن يجيزوا بدئ بالعتق، فأعتق ثلثه بتلاً[2].

وكذلك إن أوصى مع ذلك بمال لرجل، لأن الوصايا[3] إذا عالت بدئ بالعتق، ولو كان العبد الثلث بدي على غيره، ولم يعتق إلا إلى الأجل وتبدى[4] الخدمة.

فإن أوصى مع ذلك لرجل بمائة يتحاص[5] هو والمخدم في الخدمة، لأنا بدَّيْنا العتق، فلم يبق من الثلث لأهل الوصايا غير الخدمة فيتحاصان[6] فيها هذا بمائة[7]، وهذا [(ش: 124/أ)] بقيمة الخدمة فهذا التعمير إن قال: حياته أقل العمرين.

قال محمد في العتق الثاني: فإن أجازوا تأخيره إلى الأجل وعتقه إليه، والثلث لا يحمله فيتحاص[8] الموصى له بالخدمة والموصى له بالمائة من الخدمة في قدر ما حمل الثلث من رقبة العبد أن لو أعتق الآن.

ولو كان العبد مع عشرة دنانير هو الثلث أخذ الموصى له بالمائة العشرة دنانير، ثم كان لصاحب الخدمة عشرها، كما أخذ هذا عشر وصيته، ثم يتحاص هو وصاحب المائة في تسعة أعشار الخدمة هذا بتسعين ديناراً، وهذا بقيمة تسعة أعشار الخدمة[9].

قال في الجزء الخامس: فإن أوصى بخدمته[10] له عشر سنين، ثم هو حر ولآخر

---

(1) انظر: المدونة: 10/191 و192.

(2) انظر: المدونة: 10/186.

(3) في (ش): (الوصية).

(4) في (ش): (وبدى).

(5) في (ش): (ويحاص).

(6) في (ش): (فيتحاص).

(7) في (ن): (بالمائة).

(8) في (ش): (فيحاص).

(9) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 11/434.

(10) في (ش): (بخدمة).

بعشرة دنانير، والعبد هو الثلث فليتحاصا[1] في الخدمة، وإن[2] كانت قيمتها على الأقل من الأجل أو عمر العبد عشرة فهو[3] بينهما نصفان، فإن خدمهما كذلك سنة، ثم مات العبد عن خمسة دنانير؛ فصاحب الوصية بالعشرة دنانير أحق بها، لأن الموصى له بالخدمة[4] وصيته في عين قد ذهبت، إلا أنه يؤتنف لهما الحصاص، فيقال للموصى له بالعشرة دنانير: صار إليك منها خمسة وبقيت لك منها خمسة فيها يجب لك الحصاص.

ويقال للآخر: قد ظهر لنا أنه إنما كان يجب لك الحصاص بقيمة خدمة سنة[5]، وأنها التي أوصي لك بها، لأنه ظهر لنا أنها[6] أقل من الأجل أو عمر العبد، ولك من خدمة السنة نصفها، كما أخذ صاحبك نصف وصيته، فإن كانت خدمة السنة تساوي خمسة، فإنما[7] يبقى لك منها ديناران[8] ونصف، فيصير نصف الخدمة بينك وبين الآخر أثلاثاً لك[9] أنت الثلث ولصاحب العشرة الثلثان بالخمسة الباقية له، وذلك ثلث جميع الخدمة، وقد كان قبض نصفها فيرجع عليه صاحب الخدمة[10] بقيمة سدسها، وذلك دينار إلا سدساً[11].

قال ابن القاسم: ولو قال: يخدم فلاناً حياته أو سنة، ثم هو [(ش: 124/ب)] لفلان، فإن حمله الثلث بديت الخدمة، فإذا انقضت أخذه صاحب الرقبة زادت قيمته أو

---

(1) في (ن): (فليتحاص).

(2) في (ن): (فإن).

(3) في (ن): (فهي).

(4) في (ش): (في الخدمة).

(5) في (ن): (السنة).

(6) قوله: (أنها) ساقط من (ن).

(7) في (ش): (وإنما).

(8) في (ن): (دينار).

(9) قوله: (لك) زيادة من (ن).

(10) في (ش): (الخمسة).

(11) في (ن): (سدس)، وانظر المسألة في: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 13/58.

نقصت عن القيمة التي نفذت في الثلث، وإن حمل الثلث بعضه خدم ذلك البعض إن كان نصفه خدمه يوماً والورثة يوماً، فإذا تمت السنة صار نصفه لصاحب الرقبة، وللورثة بيع حصتهم قبل السنة[1].

ولو أوصى مع ذلك لرجل بمائة دينار لم يضرب معه صاحب الرقبة وصاحب الخدمة إلا بقيمة الرقبة فقط، فما صار لهما في العبد بدي فيه المخدم بالخدمة إلى الأجل أو إلى[2] الحياة، وما صار لصاحب المائة كان فيه شريكاً للورثة في جميع التركة.

قال سحنون: فإن قال الورثة ليبع معنا شركاؤنا للضرر في بيع حصتنا، فذلك لهم ويبيع معهم الموصى له، فما نابه جعل في نصف عبد إن كان ما وقع له في الأول النصف، ثم يبدى في النصف المشترى صاحب الخدمة.

قال ابن القاسم: وإن أوصى بخدمته أجلاً أو عمرى، ولآخر بباقي الثلث، فكان العبد هو الثلث بدئ بالخدمة، فإذا انقضت كانت الرقبة لصاحب باقي الثلث زادت قيمته الآن أو نقصت، وكذلك بداره لفلان حبس[3] حياته، فإذا رجعت كانت لصاحب باقي الثلث[4].

ومن الأول: ومن أوصى لرجل بعبد له قيمته ألف، ولآخر بدار له قيمتها ألف وترك ألفاً، فالثلث بين الموصى لهما في الأعيان، فيكون لهذا نصف العبد، ولهذا[5] نصف الدار[6].

---

(1) انظر: المدونة: 10/187، 188.

(2) قوله: (إلى) ساقط من (ن).

(3) في (ش): (حبسا).

(4) انظر: المدونة: 10/192، 193.

(5) قوله: (ولهذا) ساقط من (ن).

(6) انظر: المدونة: 10/172.

جامع مسائل العبد المخدم والمعتق إلى أجل وفي[1] بيع ما يوصى به أو[2] يعطى من خدمة وغلة وسكنى وكرائها ووضع الخدمة وهبتها وبيع ما يوهب من حمل أمة أو بيع[3] رقبة المخدم

ومن قال: قد وهبنا خدمة عبدى[4] لفلان ثم مات فلان، فأن للورثة خدمة العبد ما بقي إلا أن يستدل[5] له من قوله أنه أراد حياة المخدم[6].

قال غيره: يحمل على أنه حياة فلان ولو كانت حياة العبد كانت هبة لرقبته[7].

قال ابن القاسم: وإذا أوصى فقال: عبدي يخدم فلاناً، ولم يقل: حياته ولا أجلاً، ورقبته لفلان ولم يقل[8]: من بعده[9] قومت الرقبة، وقومت الخدمة على التعمير حياة المخدم، ثم تحاصا في رقبة العبد بقدر ذلك.

---

(1) قوله: (في) ساقط من (ن).

(2) في (ش): (و).

(3) في (ن): (وبيع).

(4) في (ش): (عبد).

(5) في (ش): (يسند).

(6) عياض: كما إذا قال: (وهبت خدمة عبدي لفلان)، وبها احتج والتحاصص - هنا - في رقبة العبد لا في خدمته، ورواه أبو زيد عن ابن القاسم. قال بعض شيوخنا: ويضرب صاحب الخدمة بقيمتها على غررها وصاحب الرقبة بقيمتها على أنه لا خدمة فيها، وعلى هذا يرجع عنده قول ابن القاسم، وذهب غيره إلى أنه إنما يحاصص بقيمة مرجع الرقبة، وذكره ابن المَوَّاز عن ابن القاسم، وقال أَشْهَب: (القصد في ذلك كله حياة المخدم وكانت الوصية بالرقبة وصية بمرجع؛ كقوله: يخدم عبدي فلاناً سواء، وكذلك لو قال: اشهدوا أني وهبت خدمة عبدي لفلان لكانت حياة المخدم، ولو أراد حياة العبد لكانت الرقبة للموهوب لما لم يكن له مرجع إلى سيده)، ولا يختلفان إذا نص على خدمة العبد حياته لفلان ورقبته لآخر أنهما يتحاصان في العبد. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2567، 2568.

(7) في (ن): (الرقبة).

(8) قوله: (حياته ولا أجلا ورقبته لفلان ولم يقل) زيادة من (ن).

(9) في (ش): (بعدي).

قال غيره: بل هي وصية واحدة[1] والخدمة حياة فلان، ثم يرجع إلى صاحب الرقبة، وإن أخدمت عبدك رجلاً أجلاً مسمى، فمات الرجل خدم العبد ورثته بقية الأجل، إذا لم يكن من عبيد الحضانة والكفالة[2].

ومن أخدم ابنه عبداً حياته، أو حتى يبلغ أو ينكح أو سنين سماها ثم هو حرٌّ، وعلم أنه أراد ناحية الحضانة، فليس للابن أن يؤاجره.

ولو مات الابن قبل ذلك عتق مكانه، إلا أن يكون من عبيد الخدمة، وممن أريد به الخدمة، فإنه يخدم ورثته بقية الأجل، إن كان أجل أجلاً[3].

قال ربيعة: وإذا قال: إذا تزوج ابني، فأنت حر، فبلغ الابن النكاح وهو موسر، فأبى أن ينكح وتسرر؛ فإن العبد يعتق الآن؛ لأنه إنما أراد بلوغ أشده، وأن يستعين بالعبد فيما قبل ذلك من السنين[4].

ومن[5] الأول، قال ابن القاسم: وإذا قال في وصيته: عبدي حر بعد خمس سنين؛ فإنما [(ش: 125/أ)] يحسب من يوم موته لا من يوم وصيته[6].

ولو قال: يخدم فلاناً سنة ثم هو حر فلم يقبل فلان الخدمة خدم الورثة، ثم يعتق، ولو وهبها للعبد أو باعها منه عتق مكانه[7].

وإن كان الموصى له غائباً ببلد ثان[8] وآجره له السلطان وأعتق للأجل إلا أن يكون ممن أريد به ناحية الكفالة والحضانة فينظر به ويكتب إليه أو يخرج العبد إليه، فإن انقضت السنة فيما بين ذلك، ولم يجده[9] كان حراً خدم فيها أم لا، ولا شيء عليه، كمن

(1) في (ش): (إخدام). وهو موافق لما في المدونة

(2) انظر: المدونة: 10/191، 192.

(3) انظر: المدونة: 10/214، 215.

(4) انظر: المدونة: 10/215.

(5) قوله: (الواو) زيادة من (ن).

(6) انظر: المدونة: 10/163.

(7) انظر: المدونة: 10/162، 163.

(8) في (ش): (ببلدنا)، وفي المدونة: (نائية).

(9) في (ش): (يجب).

أبق أو مرض في الأجل الذي أعتق إليه(1).

ومن أوصى بعتق أمة إلى أجل فعجل الوارث العتق جاز ولا رجوع له، وهو وضع خدمة فالولاء(2) للميت، وإن كانا وارثين فلا تقويم على المعتق(3)، لأنه وضع خدمة وتعجل(4) عتق نصفه(5) وتخدم(6) الآخر نصف الخدمة(7).

وما ولدت المعتقة إلى أجل بوصية في الأجل بعد موت السيد بمنزلتها، وأما أرش جراحها أو قيمتها(8) إذا قتلت، فللورثة وتقوم كالأمة.

وما أفادت بعطية أو كسب(9) فهو لها مقَرٌّ بيدها لا ينتزعونه، وقيل: ينتزعونه ما لم يقرب الأجل(10).

وقال(11) سحنون: لا ينتزع(12) مالها، لأنها قومت به في الثلث، وإن جنت؛ خير الورثة، فأما فدوا(13) الخدمة أو أسلموها فيقاص(14) بها في الجناية، فإن أوفت قبل الأجل رجعت تخدم الورثة، وإن حلّ ولم توف عتقت واتبعت بما بقي في ذمتها.

وما ولدت الموصى بخدمتها لرجل وبرقبتها لآخر في الخدمة، فهو يخدم معها،

---

(1) انظر: المدونة: 10/163.

(2) في (ش): (بالولاء).

(3) قوله: (المعتق) يقابله في (ش): (العتق).

(4) في (ن): (وتعجيل).

(5) قوله: (نصفه) زيادة من (ن).

(6) في (ش): (ويخدم).

(7) انظر: المدونة: 10/156 و157.

(8) في (ش): (وقيمتها).

(9) في (ش): (كسبت).

(10) انظر: المدونة: 10/155 و156.

(11) قوله: (الواو) ساقط من (ن).

(12) في (ن): (ينزع).

(13) في (ن): (قدروا).

(14) في (ن): (فتقاص).

وكذلك ولد العبد المخدم من أمته يولد[1] في الخدمة[2].

وإذا كان هذا في صحته فقبض المخدوم[3] قبض لصاحب الرقبة كان في لفظ واحد، أو جعل الرقبة لرجل بعد قبض المخدم إياها[4] كانت الخدمة حياته[5] أو سنين.

ونفقة الموصى بخدمته في الخدمة على المخدوم[6].

ومن كتاب الحبس لابن المواز قال مالك: وكذلك الحي يُخدِم عبده، فالنفقة على المخدم[7]، وكذلك نفقة ولد المخدمة تلدهم في الخدمة على الذي له الخدمة[8].

ومن المدونة، قال ابن القاسم: ومن أوصى بخدمة عبده فلاناً[9] سنة؛ لم يجز للورثة بيعه على أن يقبضه المشتري إلى سنة[10].

---

(1) في (ش): (فولد).

(2) انظر: المدونة: 10/164.

(3) في (ن): (المخدم).

(4) في (ش): (أياما).

(5) في (ش): (حياتها).

(6) في (ن): (المخدم)، وانظر المسألة في: المدونة: 10/164.

(7) عياض: وقوله (في نفقة العبد المخدم: على الذي أخدم) - بضم الهمزة وكسر الدال - كذا ضبطناه في الكتاب، وعليه اختصرها أكثرهم. قالوا: على الذي له الخدمة، وكذا جاءت مبينة في كتاب محمد وغير، وقد ضبطه بعض الرواة على الذي أخدم بالفتح فيهما؛ أي: على ربه، وحكى ذلك بالوجهين واحتماله بعض الموثقين، والصحيح الأول، وعن مالك في ذلك ثلاث روايات: هاتان اثنتان، والثالثة: أنها في مال نفسه، ويوقف ماله لذلك، حكاها كلها ابن الفخار. قال بعضهم: فإن لم يكن له مال ولا كسب فعلى من له الخدمة، وقد اختلف في زكاة الفطر عن العبد المخدم: ففي المدونة في الزكاة: ذلك على ربه، وكذلك إذا جعل رقبته لآخر، فعلى صاحب الرقبة، وقال أَشْهَب: في كتاب محمد: ذلك على من له الخدمة فيهما، وعلى الخلاف في ذلك يتصور الخلاف في نفقة المخدم. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2547، 2548.

(8) انظر: النوادر والزيادات: 11/476.

(9) في (ش): (فلان).

(10) انظر: المدونة: 10/159.

عياض: ومسألة (الذي يوصي بخدمة عبده سنة، فباعه الورثة من رجل يعلم بالوصية ورضي أخذه =

ومن الثاني: وإذا أعمرك رجل حياتك خدمة عبد أو سكنى دار أو ثمرة[1] حائط جاز أن يشتري ذلك منك هو أو ورثته أو يصالحوك على مال، وإن لم يثمر النخل[2]، وكذلك إن أوصى لك بذلك حياتك؛ جاز شراؤه للورثة بنقد أو دين كما[3] يجوز للمعطي، وكالمعري يبيع باقي الحائط فيجوز للمشتري شراء العرية بخرصها[4].

=

بعد السنة، قال: هذا ما لا يحل، إنما اشتراه على أن يدفع إليه لسنة).

قال القاضي: ظاهر المسألة يبين أنه أراد أن يجيز ذلك الآن قبل السنة، فكأنه ابتداء بيع بعد معرفتها؛ لأن حكمه الفسخ الآن فرضاؤه بذلك ابتداء بيع آخر وجاءت سلعة معينة تقبض لأجل بعيد، فدخله البيع والسلف وسلف جر نفعاً ومرة بيع ومرة سلف، وهو كله يرجع إلى معنى واحد من سلف جر نفعاً، وأما لو لم يعلم المشتري بذلك حتى انقضت السنة مثل أن يشتريه، ويقول للبائع: أمسكه لي عندك، ثم يسافر فلما جاء بعد السنة علم ورضي، فقيل: هو فاسد على كل حال؛ لأنها صفقة وقعت فاسدة وترجح فيها بعضهم، وذلك بحكم العقد الفاسد إذا وقع من أحد المتعاقدين ولم يعلم الآخر بفساده، فهو أصل مختلف فيه بين شيوخنا، وفي مسائلنا: هل يمضي إذا لم يعقدا معا على فساده؟ أو يرد لوجود الفسادفيه؟ وعلى القول بجوازه، فللمشتري في مسألتنا الخيار بالتمسك ولا شيء له من كراء السنة أو يفسخ البيع، وقد مضت من هذا الأصل مسائل في الصرف وغيره. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2545، 2546.

(1) في (ش): (و ثمرة).

(2) عياض: وذكر في المدونة (جواز شراء الرجل خدمة العبد الذي أخدمه وسكنى الدار التي حبس)؛ يريد: للذي أعمر، وكذلك الثمرة إذا وهبها، ولم ير... هذا من الرجوع في الصدقة، قياساً على جواز شراء العرية؛ للضرورة فكذلك هذا لصاحب المرجع؛ لضرر إمساك الأصل وحبسه عليه عن بيعه والتصرف فيه، وعبد الملك رأى الباب واحداً ومنع شراء المعطي الغلات كما يمنع رجوعه في الأصل، وقوله في الكتاب: (وإنما شراؤهم ثمرة النخل ما لم تثمر، كشرائهم السكنى التي سكن في القرى سواء، فلا أرى به بأسا)، فانظر قوله: ما لم يثمر يصحح ما قالوا: إنه إنما يجوز شراء الثمرة التي أعطى ما لم تثمر أو لم تؤبر وكان إعطاؤه الثمرة حياتها أو السنين الكثيرة؛ لأنه لا يستطيع على بيع الرقبة إلا بتخليص استثناء ثمرتها، وذلك لا يجوز، فأجيز له شراؤها لنفسه على هذه الصفة؛ ليتوصلا إلى بيع الرقبة ولو كانت فيها ثمرة مأبورة لم يجز حتى تطيب. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2576، 2577.

(3) في (ش): (لما).

(4) انظر: المدونة: 10/212، 213.

قال سحنون: ولم يختلف الرواة في سكنى الدار فيما ذكرنا، قال ابن القاسم: ولو صالحوك من الخدمة على مال، ثم مات العبد وأنت حي فليس لهم رجوع عليك[1].

ولا يجوز لك أن تبيع هذه الخدمة من أجنبي أو تؤاجر[2] العبد إلا مدة قريبة كسنة أو[3] سنتين، أو[4] أمد مأمون ولا تكريه إلى أجل غير مأمون، وأما[5] لو أوصى لك بخدمة العبد عشر سنين فأكريته فيها؛ جاز كمن[6] آجر عبده عشر سنين.

مالك: ولم أر من فعله، وإن فعل جاز.

وهذا خلاف[7] المخدم حياته، لأنه إذا مات المخدوم[8] سقطت خدمته[9]، والمؤجل يلزمه باقيها لورثة الميت، وللرجل أن يؤاجر ما أوصي له به من سكنى دار أو خدمة عبد إلا ما ذكرنا قبل[10] هذا ممن أريد به الحضانة[11].

[(ش: 125/ب)] ومن أوصي له بما في بطن أمة؛ لم يجز له بيع الحمل من قرابة[12] الموصي أو غيرهم ولم يصح له شيء فيبيعه، وهذا من بيع ما في بطون الإناث[13].

---

(1) انظر: المدونة: 10/214.

(2) في (ش): (يؤاجره).

(3) في (ش): (و).

(4) في (ش): (و).

(5) في (ن): (فأما).

(6) في (ش): (لمن).

(7) في (ن): (بخلاف).

(8) في (ن): (المخدوم).

(9) في (ن): (الخدمة).

(10) في (ن): (قيل).

(11) انظر: المدونة: 10/213، 214.

(12) في (ن): (ورثة).

(13) في (ن): (الأمهات)، وانظر المسألة في: المدونة: 7/422.

ومن وهب حمل أمته أو تصدق به، أو أوصى به ثم أعتقها هو أو ورثته عتقت بما في بطنها، وبطلت العطية والوصية[1].

وبقيت مسائل في الوصية بالحج نقلتها إلى ما يشبهها من كتاب الحج.

تم كتاب الوصايا بحمد الله وعونه

وصلى الله على محمد وآله[2]

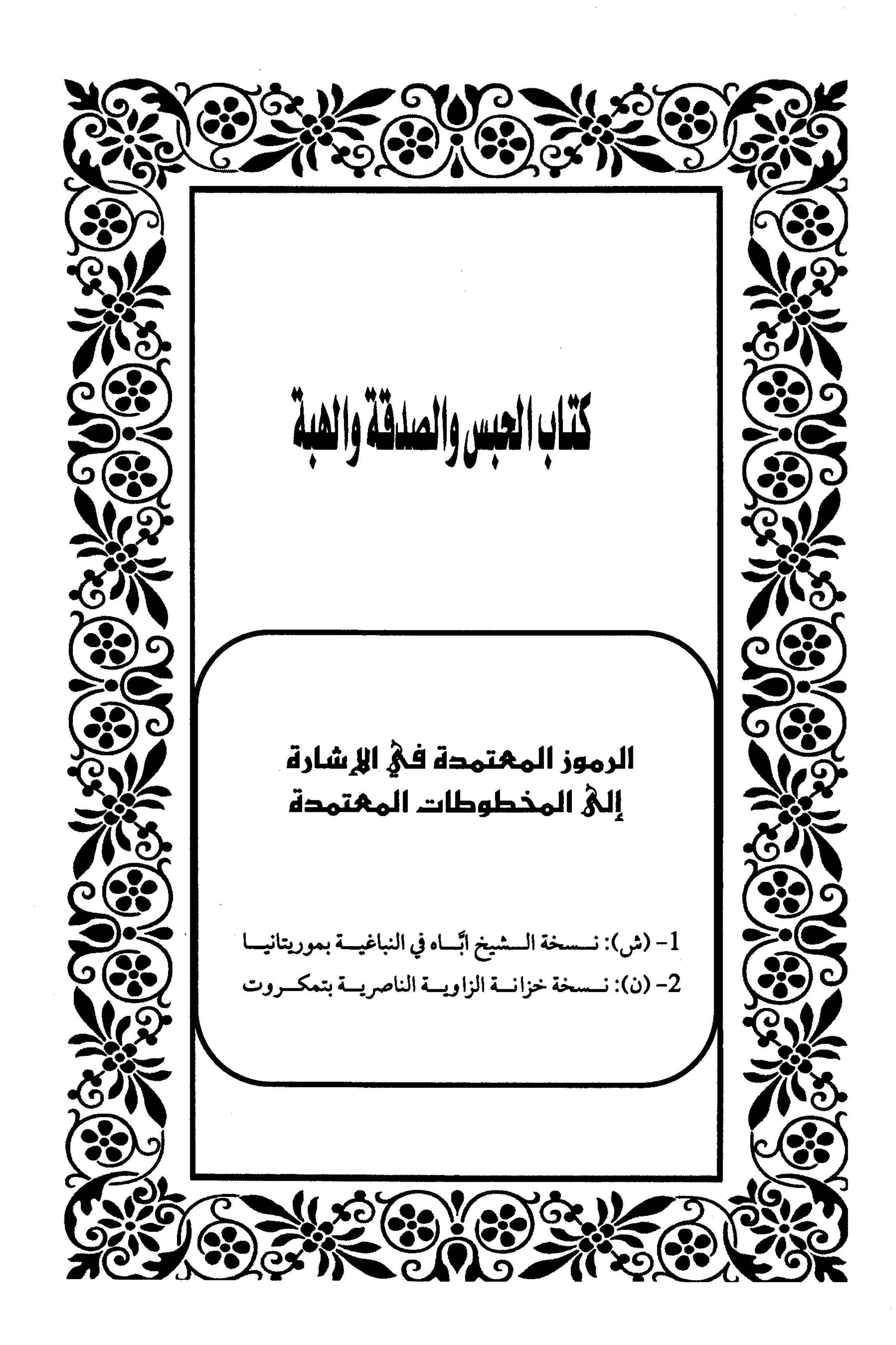


(1) انظر: المدونة: 10/161.

عياض: ومسألة من أوصى بما في بطن أمته، فأعتقها الوارث قبل وضعها لمن ولاؤها فحكي عن ربيعة ومالك، (فيمن تصدق بما في بطن أمته ثم أعتقها قبل أن تضع أن ولدها حر معها وليس للمتصدق عليه شيء) فظاهر قوله: (إن الولاء فيهما للمعتق)، وفي الأولى للوارث المعتق أيضاً. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2546

(2) قوله: (تم كتاب الوصايا بحمد الله وعونه وصلى الله على محمد وآله) زيادة من (ن).



كتاب الحبس والصدقة والهبة

الرموز المعتمدة في الإشارة إلى المخطوطات المعتمدة

1- (ش): نسخة الشيخ ابَّاه في النباغية بموريتانيا

2- (ن): نسخة خزانة الزاوية الناصرية بتمكروت



كتاب الحبس والصدقة[1] والهبة

(1) عياض: معنى لفظة الحبس والصدقة والوقف واحد لكن أحكامها مختلفة في وجوه ومتفقة في وجوه، فأما الحبس فتختلف أحكامه في بعض الوجوه وتتفق في وجوه؛ إذ لا يخلو أن تبهم هذه الألفاظ أو تفسر فتجعل لشخص معين محصور أو وجه معين محصور أو وجه معين غير محصور أو لغير معين محصور أو لغير معين غير محصور، ولكل وجه من هذا حكم، يتفق في بعضها ويختلف في الباقي، فأما لفظة الحبس المبهم كقوله: "داري حبس" فلا خلاف أنها وقف مؤبد لا يرجع ملكاً ويصرف عند مالك في الفقراء والمساكين، وإن كان في الموضع عرف للوجوه التي توضع فيها الأحباس وتجعل لها حملت عليه، وعند ربيعة يسكنها قرابة المحبس، فأما إن عين شخصاً، فقال: حبس على فلان أو على أولاد فلان وسماهم وعينهم، فاختلف فيه قول مالك، هل يكون مؤبداً لا يرجع ملكا؟ فإن مات فلان رجعت حبسا لأقرب الناس بالمحبس على سنة مراجع الأحباس؟ فإن لم تكن له قرابة رجعت إلى الفقراء والمساكين؟ والقول الآخر: أنها ترجع بعد موت المحبس عليه ملكاً للمحبس أو ورثته إن مات كالعمرى، وأما إن جعله في وجه معين محصور، ففيها قولان: فحكى ابن الجلاب فيمن قال: داري حبس في وجه، كذا روايتين عن مالك، إحداهما: أنه يتأبد حبسه، فإذا انقرض الوجه الذي جعله فيهرجع له ملكاً في حياته ولورثته بعد مماته، والقول الآخر: أنه يبقى حبساً على أقرب الناس للمحبس.

وأما إن جعله على وجه معين غير محصور كقوله: حبس في السبيل أو في وقيد مسجد، كذا أو إصلاح قنطرة كذا، فحكمه حكم الحبس المبهم المتقدم ذكره ويوقف على التأبيد، فإن تعذر ذلك الوجه بخلاء البلد أو فساد موضع القنطرة حتى يعلم أنه لا يمكن أن تبنى وقف إن طمع بعوده إلى خاله أو صرف في مثله، وأما إن جعله في وجه محصور غير معين يتوقع انقراضه، كقوله: على بني زيد أو على عمرو وولده أو عقبه أو فرسي حبس على من يغزو في هذه الطائفة أو يطلب العلم بمدينة كذا، فحكم هذا - أيضاً - حكم الحبس المبهم المطلق المؤبد، يمضي أبداً ويرجع بعد انقطاع الوجه الذي وجه له لمرجع الأحباس على ما تقدم وهذا مذهبه في المدونة وغيرها.

واختلف فيه قدماء أصحابه ونقل اللخميّ عن ابن الجلاب أنها تعود ملكاً، وأراه تأول ما نقلناه عنه على ذلك، وقيل: هي على من وجد، كما لو عين، وهو الذي له في المجموعة، واختلف إن قال: بني زيد، هل هو مثل ولد زيد فيمن وجد؟ وفيمن لم يوجد؟ فيكون بعد حبسا مؤبدا كما تقدم ؟، وأما إن جعله على غير معين وغير محصور، كقوله: على بني تميم أو على المساكين أو على المجاهدين أو في إصلاح المساجد أو لطلبة العلم، فهذا حبس مؤبد كالمبهم المطلق، وأما إن حبس على معدوم بعده موجود غير محصور، كقوله: على أولادي وبعدهم للمساكين، فلم يترك ولداً أو أيس من الولد، فعند ابن القاسم يرجع ملكاً، وعند عبد الملك ينفذ حبساً للمساكين. وأما إن جعل مكان =

القضاء في الحبس المبهم وغير المبهم وكيف مرجعه وكيف يقسم[1] بين أهله وهل يباع حبس

=

قوله: هو حبس، هو وقف، فالذي حكاه شيوخنا البغداديون أنه ينفذ حبساً كان على معين أو مجهول أو محصور أو غير محصور وأنه لا يختلف فيه، وحكى غيرهم من شيوخنا أنه لا فرق بين قوله: حبس وبين قوله: وقف، وأنه يدخله من الاختلاف في بعض الوجوه ما يدخل الحبس.

وأما إن قال مكان هو حبس أو وقف: هو صدقة، فإن عينها لشخص معين فهي ملك له، وكذلك إن جعلها لمجهولين غير محصورين كالمساكين فهي ملك لهم، تقسم عليهم، إن كانت مما ينقسم أو بيعت وقسمت أو أنفقت فيما يحتاج إليه ذلك الوجه المجهول ويتعين المجهولين - هنا - باجتهاد الناظر في موضع الحكم ووقته، فلا يلزم عمومه أو لا يقدر عليه أو لا هو مقصد المحبس، وإنما أراد الحبس.

وأما إن قال في الصدقة: على مجهولين محصورين مما يتوقع انقطاعه، كقوله: على ولد فلان أو فلان وولده كما تقدم، فاختلف فيه، فقال مالك ورجاله في الكتاب: هي حبس مؤبد وترجع بعد انقراضهم مرجع الأحباس سواء قال: ما عاشوا أم لا، وفي رواية أَشْهَب عنه ترجع لآخر المحبس عليهم ملكا، وقيل: بل حكمها حكم العمرى، وحكى ابن الجلاب إذا جعلها صدقة في وجه كذا أنها مما اختلف فيه قول مالك، فمرة جعلها كالعمرى ومرة جعلها تنفذ حبساً. قال: إلا أن يريد أنه تصدق بعين ملكه لا بمنفعته فتكون ملكاً لمن تصدق بها عليه. قال القاضي: وهذا عندي يرجع إلى معنى اختلافه في هذا الوجه قبله المجهول المحصور، والله تعالى أعلم، وهذا كله إذا أفرد هذه الألفاظ وأما متى ما قيدها بصفة أو أجل أوشرط، فيختلف حكمها، فإن قال: حبس أو وقف أو صدقة، شهراً أو سنة أو حياتي وشبه هذا على معين أو مجهول أو معدوم فلا خلاف أنها في الجميع هبة منفعة وعمرى إلى أجل، ترجع عند تمامه لربها أو لورثته، فأما إن قال في المعين: حياته أو ما عاش، فتختلف الأحكام في هذه الألفاظ الثلاثة، فأما في الصدقة: فلا يختلف أنها عمرى، وأما في الحبس: فقيل: إنه سواء قال ذلك أو لم يقله على الخلاف في تأويل ما في المدونة، قال بعض شيوخنا: إنه سواء على ظاهر المدونة: وهو... تأويل سحنون، وقال محمد: متى قال حياته وشبهه، فلا يختلف أنها كالعمرى... ونحوه لمُطَرِّف. قال مُطَرِّف: وكذلك لو قال: على فلان بعينه، وأما في المجهول المحصور إذا قيده بحياتهم أو ما عاشوا، فمذهبه في الكتاب أنه حبس مؤبد كما لو لم يقله، وكذلك يشبه أن يكون على قوله الآخر إذا لم يقيد أنها تكون ملكاً، وأما على القول أنها إذا لم يقيد كالعمرى فأحرى أن يؤكد العمرى... بهذه الألفاظ، وقال مُطَرِّف: متى قال ما عاشوا فهي عمرى وأما إن قيدها بالصفة كقوله: حبس صدقة أو صدقة حبس على فلان، ففي الكتاب لمالك: إنه حبس مؤبد وعنه أيضاً في مختصر ابن عبد الحكم أنها ترجع ملكاً كالعمرى. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2591، وما بعدها.

(1) في (ن): (ينقسم).

ومن حبس في مرضه على وارث وغير[1] وارث وذكر العمرى والقضاء فيها

روي أن الرسول ﷺ حبس حوائط سبعة[2].

وقال لعمر: في حائط له حبس أصله وسبل ثمرته[3].

وقد حبس عثمان وعلي وطلحة والزبير وزيد بن ثابت، وابن عمر وغيرهم، والأحباس سنة قائمة، والمساجد من ناحية الأحباس[4].

فمن حبس في سبيل الله فذلك في الغزو من فرس أو[5] متاع، ويجوز أن تصرف[6] في مواحيز[7] الرباط كالإسكندرية ونحوها. وأمر مالك في مال جعل في السبيل أن يفرق في السواحل، قال ابن القاسم: يريد من الشام ومصر وتونس بالمغرب، ولم ير جدة من ذلك وضعفها قيل: قد نزل بها العدو، وقال كان ذلك أمراً خفيفاً[8].

ومن قال: داري حبس فقط لم يجعل لها مخرجاً في وصيته، فهي حبس على الفقراء

---

(1) في (ن): (أو غير).

(2) أخرجه ابن سعد في الطبقات الكبرى: 1/502.

(3) متفق عليه: أخرجه البخاري: 2/982، في باب الشروط في الوقف، من كتاب الشروط، برقم: 2586، ومسلم: 3/1255، في باب الوقف، من كتاب الوصية، برقم: 1632، من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

بلفظ: أن عمر بن الخطاب أصاب أرضا بخيبر فأتى النبي ﷺ يستأمره فيها فقال يا رسول الله إني أصبت أرضا بخيبر لم أصب مالا قط أنفس عندي منه فما تأمر به ؟ قال (إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها). قال فتصدق بها عمر أنه لا يباع ولا يوهب ولا يورث وتصدق بها في الفقراء وفي القربى وفي الرقاب وفي سبيل الله وابن السبيل والضيف لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف ويطعم غير متمول.

(4) انظر: المدونة: 1/285.

(5) في (ش): (و).

(6) في (ن): (يصرف).

(7) عياض: ومواحيز الإسلام: رباطاته. اهـ. انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2599.

(8) انظر: المدونة: 10/273.

إلا أن يرى لذلك وجه تصرف إليه، مثل أن تكون[1] بموضع رباط فيجتهد فيها الإمام[2].

قال ربيعة: قال: حبس أو قال[3]: حبس صدقة، فذلك تصرف[4] في مواضع الصدقة، نحو النفع بمثله إن كانت دواب، ففي الجهاد[5]، وإن كانت غلة فرأي الإمام في أوجه الصدقة[6].

قال ابن القاسم: وإذا قال: حبس على فلان وعقبه ونحوه ممن ليسوا بمعينين، فهذا لا يرجع إلى ملك ولا بيع[7].

وإما إن حبس على رجل بعينه أو قوم بأعيانهم، ولم يذكر فيه عقباً، ولا قال: حبس صدقة ولا[8] يباع، ولا يوهب فقال مالك مرة: هي كالعمرى إن انقرضوا رجعت إلى ربها إن كان حياً أو إلى ورثته بعده ملكاً تباع، وقال مرة: لا ترجع ملكاً، وتكون حبساً[9] كقوله: لا يباع، وإن [(ش: 126/أ)] قال في المعينين: حبساً صدقة، أو قال:

---

(1) في (ن): (يكون).

(2) انظر: المدونة: 274/10.

(3) قوله: (قال) زيادة من (ن).

(4) في (ن): (يصرف).

(5) قوله: (ففي الجهاد) يقابله في (ن): (فهي للجهاد).

(6) انظر: المدونة: 274/10.

(7) عياض: وكما لو أفرد الحبس، وكذلك لو قال: حبْس على فلان لا تباع ولا توهب ولا تورث، فهي حبس على مذهَبِهِ في الكتاب، وله في العتبية: ترجع ملكا كالعمرى. وقال مُطرِّف: لو قال مع هذا على فلان بعينه، ولفظ بعينه فهي عمرى، وإلا فهي حبس، واختلف في هذا في الصدقة - أيضاً - فروى أَشْهَب عن مالك أنها تبتل ولا يضر الشرط، وقال أَشْهَب وسحنون: هي حبس محرم، وقال مالك - أيضاً - وابن القاسم: هي صدقة باطل إما بتلها أو رجعت إليه إلا في صغير أو سفيه، فيشترط له ذلك إلى رشده وهو - أيضاً - مذهبه في المدونة في الهبة على هذا الشرط، وهي كالصدقة في هذا الاختلاف. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2598، 2599.

(8) في (ن): (أو لا).

(9) في (ن): (حبسا صدقة)، والمثبت موافق لما في التهذيب: 324/4.

لا يباع فانقرضوا، فلم يختلف قوله أنها لا تباع وترجع إلى أولى الناس به يوم المرجع حبساً، ولا ترجع إليه وإن كان حياً، وعليه أكثر رواته[1].

وإن قال: على فلان وعقبه أو قال: على[2] ولده، قال في ذلك: وولد ولده أم لا، أو قال: على ولده[3] ولم يذكر مرجعاً[4] فهذه بعد انقراضهم ترجع حبساً على أولى الناس بالذي حبس يوم المرجع، وإن كان حياً.

قال مالك: إذا تصدق بدار على رجل وولده ما عاشوا لم يذكر شرطاً ولا مرجعاً فانقرضوا، فإنها ترجع حبساً في فقر أقارب الذي حبس[5].

قال ابن عبدوس: فيمن قال: صدقة على فلان وعقبه ولم يقل: حبساً، فقد قال بعض أصحابنا: إنه يكون[6] لآخر العقب مالاً يورث عنه، وكذلك إن كان آخرهم امرأةً أو شيخاً فانياً[7]؛ فليبع وليصنع كيف شاء، وأكثرهم يراه كسبيل[8] الأحباس[9].

قال غير ابن القاسم: كل حبس أو صدقة لا مرجع لها على مجهول من يأتي، فإنها لا ترجع ملكاً.

قال ربيعة: وكذلك على قوم لا يحاط بعددهم[10]، قال ربيعة: وأما الصدقة على قوم

---

(1) انظر: المدونة: 10/280.

(2) في (ش): (أو على).

(3) في (ش): (ولدي).

(4) في (ن): (مرجعها).

(5) انظر: المدونة: 10/279.

(6) قوله: (أنه يكون) يقابله في (ن): (أنها تكون).

(7) قوله: (فانيا) زيادة من (ن).

(8) في (ش): (بسبيل).

(9) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 12/18.

(10) عياض: وقول ربيعة وغيره: إذا تصدق الرجل على جماعة لا يعرف عددهم ولم يسمهم فهي بمنزلة الحبس هو وفاق لقول مالك في الكتاب خلافا لما في كتاب محمد أنها ترجع لآخرهم ملكاً. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2602.

بأعيانهم فمعناه ما عاشوا، ولم يذكر تعقيباً فهو تعمير ترجع إليه إذا ماتوا ملكاً[1].

وقال[2] مخرمة بن بكير: ولورثته[3] إن مات ملكاً[4].

قال مالك:[5] ومن حبس على ولده دخل فيه ولد الولد، ذكرهم أو لم يذكرهم، ويؤثر الآباء.

وقال[6] المغيرة: يساوى بينهم، قال مالك: ولا شيء لولد البنات للإجماع أنهم لم يدخلوا في قول الله ﷻ: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوۡلَٰدِكُمۡۖ﴾ [سورة النساء آية: 11].

قال يحيى بن سعيد: من حبس على ولده فهي في ولده ذكرهم وأنثاهم، وولده أحق من أبنائهم ما عاشوا إلا أن يكون فضل فيكون لولد الولد[7].

قال مالك: وإن حبس على ولده وأعقابهم[8] ولا عقب له يومئذ فأنفذه في صحته، ثم هلك هو وولده وبقي ولد ولده وبنوهم[9] فذلك بين جميعهم إن تساووا في الحال والمؤنة سواء بينهم، إلا أن الأولاد ما داموا صغاراً لم يبلغوا، وينكحوا وتعظم مؤنتهم، فإنه يعطى للأب بقدر ما يمون.

وإذا نكح الأبناء[10] وعظمت مؤنتهم كانوا بقسم واحد مع آبائهم[11].

---

(1) انظر: المدونة: 10/280.

(2) قوله: (الواو) ساقط من (ن).

(3) في (ش): (أو).

(4) انظر: المدونة: 10/281.

(5) قوله: (قال مالك) زيادة من (ن).

(6) قوله: (الواو) زيادة من (ن).

(7) انظر: المدونة: 10/282.

(8) قوله: (إلا أن يكون فضل فيكون... على ولده وأعقابهم) زيادة من (ن).

(9) في (ش): (بنيهم).

(10) في (ش): (للآباء).

(11) انظر: المدونة: 10/288.

قال[1] ربيعة: إن كثر المال دخل الولد مع أعمامهم، وإن قل فالأعمام أحق به[2]، وقد يكون العسر واليسر فينظر في ذلك[3].

وقال ربيعة: لا فضل في الحبس إلا لكثرة عيال في سعة مسكن وعظم مؤنة.

قال ربيعة: وإن حبس داره على ولده وولد غيره فليسكنوها بقدر مرافقهم، فإن انقرضوا فهي لولاته دون ولاة من ضمّ مع ولده[4].

قال مالك: لا يخرج من الحبس[5] أحد لأحد، ومن لم يجد مسكناً فلا كراء له، ومن مات أو غاب غيبة انتقال؛ استحق الحاضر مكانه، فأما من سافر لا يريد مقاماً فهو على حقه إذا رجع[6].

قال عطاء: لا يخرج أحد لأحد، إلا أن يكون بيده فضل مسكن[7].

قال ابن القاسم: قال مالك[8]: يكره لمن حبس أن يخرج البنات من تحبيسه، وقد حبس الصحابة [(ش: 126/ب)] فما أخرجوا البنات من ذلك وإخراجهم محدث، قالته[9] عائشة، وهم برده عمر بن عبد العزيز، وشرط زيد للمردودة من بناته[10] السكنى[11].

ولا يباع الحبس وبقاء أحباس السلف داثرة[12] دليل على منع ذلك.

---

(1) قوله: (قال) زيادة من (ن).

(2) قوله: (به) زيادة من (ن).

(3) انظر: المدونة: 10/282.

(4) انظر: المدونة: 10/281.

(5) قوله: (من الحبس) زيادة من (ن).

(6) انظر: المدونة: 10/287.

(7) انظر: المدونة: 10/288.

(8) قوله: (قال مالك) ساقط من (ن).

(9) في (ن): (قاله).

(10) عياض: ومعنى المردودة من بناته؛ أي المطلقة. اهـ. انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2602.

(11) انظر: المدونة: 10/285، وما بعدها.

(12) في (ش): (دائرة)، والمثبت موافق لما في التهذيب: 4/321.

ومن حبس رقيقاً أو دواباً في السبيل استعملوا في ذلك ولم يباعوا[1].

وما ضعف من الدواب ولا[2] نفع فيه للغزو؛ بيع[3] واشتري بثمنه فرس أو برذون أو هجين، فإن لم يبلغ أعين به في فرس، وكذلك الفرس يكلب ويخبث[4].

يريد: وأصل هذا في غير الرباع حديث عمر في الفرس الذي تصدق به فخبث[5] فبيع فنهاه النبي عليه السلام عن شرائه ولم ينه غيره عن شرائه[6].

قال: وأما الثياب فإن لم تكن فيها منفعة بيعت، واشتري بالثمن ما ينتفع به[7]، فإن لم يبلغ تصدق به في السبيل[8].

---

(1) انظر: المدونة: 10/275.

(2) في (ش): (فلا).

(3) في (ش): (وبيع).

(4) في (ش): (ويجتب)، وانظر المسألة في: المدونة: 10/276.

عياض: وخبث الفرس، كذا روايتنا - بالباء بواحدة وآخره ثاء مثلثة - ومعناه فسد وبطل، ورواه بعضهم خنب - بالنون المكسورة وآخره باء بواحدة - ومعناه هلك، وليس المراد بهذا كله هلاكه ولا فساده بالكلية؛ إذ لو كان هذا لم يقل: يباع ويشتري بثمنه فرسا مكانه، وإنما معناه أنه أبطل ما يراد منه من استعماله في الجهاد والوجه الذي حبس له.

ومعنى كلب - بفتح فوقها خط كأنه شطب عليها بكسر اللام -أصابه داء الكلب، وهو السعار وأصله في الكلاب. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2600، 2601.

(5) في (ن): (فخبث).

(6) متفق عليه: أخرجه البخاري: 2/542، في باب هل يشتري صدقته، من كتاب الزكاة، برقم: 1419، ومسلم: 3/1239، في باب كراهة شراء الإنسان ما تصدق به ممن تصدق عليه، من كتاب الهبات، برقم: 1620، ومالك: 1/282، في باب اشتراء الصدقة والعود فيها، من كتاب الزكاة، برقم: 623، من حديث زيد بن أسلم عن أبيه بلفظ "قال سمعت عمر رضي الله عنه يقول: حملت على فرس في سبيل الله فأضاعه الذي كان عنده فأردت أن أشتريه وظننت أنه يبيعه برخص فسألت النبي ﷺ فقال: (لا تشتره ولا تعد في صدقتك وإن أعطاكه بدرهم فإن العائد في صدقته كالعائد في قيئه).

(7) قوله: (به) ساقط من (ن).

(8) عياض: واختلف في تفريقه في الكتاب في جوابه بين الثياب والخيل: فقيل: ليس بخلاف، وإنما هو جواب بحسب السؤال، فقال ذلك في الخيل؛ لأنها بقيت فيها منفعة الحمل وغير ذلك، وقيل: بل المقصود من الخيل: المنفعة بها في الغزو لا للغزاة، فجعلت أثمانها في مثلها، والثياب المنفعة بها =

وقال[1] غيره: لا يباع ما حبس من دابة أو عبد أو ثوب كالرباع الداثرة، وإن كان قد روى لربيعة وغيره في الرباع والحيوان خلاف هذا إذا رآه الإمام[2].

ومن كتاب الشفعة: ومن بنى مسجداً على ظهر بيته أو في أرضه لم يجز له بيعه إذا كان بمعنى التحبيس والإباحة للمسلمين[3].

ومن كتاب الهبات من المختلطة في ذكر مرجع الحبس والعمرى أنه إن قال حبس عليك وعلى عقبك، قال مع ذلك صدقة أو لم يقل، فإنها ترجع بعد انقراضهم إلى أولى الناس به يوم المرجع من ولد أو عصبة ذكورهم وإناثهم سواء يدخلون[4] في ذلك حبساً، ولو لم يكن[5] إلا ابنة واحدة كانت لها حبساً، ولا ترجع إلى المحبس، وإن كان حياً وهي لذوي الحاجة من أهل المرجع دون الأغنياء، فإن كانوا كلهم أغنياء فهي لأقرب الناس بهم[6] من الفقراء[7].

قال محمد، قال مالك: وإنما[8] يدخل في[9] مرجع الحبس من النساء من لو كان رجلاً كان عصبة وقرابة أب[10]، ولا يدخل بنو البنات ولا بنو الأخوات ذكراناً وإناثاً، ولا الإخوة ولا[11] الأخوات للأم.

واختلف في الأم، فقال ابن القاسم: تدخل.

للغزاة، فإذا بُلِيت ولم ينتفعوا بها بنفسها أعطيت أثمان ما بيع من خلفها لهم ينتفعون به عوضها. اهـ. انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2601.

(1) قوله: (الواو) زيادة من (ن).

(2) انظر: المدونة: 10/277.

(3) انظر: المدونة: 9/491.

(4) في (ن): (يدخل).

(5) في (ش): (تكن).

(6) في (ن): (لهم).

(7) انظر: المدونة: 10/261، وما بعدها.

(8) قوله: (الواو) ساقط من (ن).

(9) قوله: (يدخل في) ساقط من (ش).

(10) قوله: (وقرابة أب) يقابله في (ن): (أو قرابة).

(11) قوله: (لا) زيادة من (ن).

وروى أشهب عن مالك أنها لا تدخل ،ولا يدخل زوج ولا زوجة قال ابن القاسم: ويدخل من النساء مثل العمات والجدات وبنات الأخ والأخوات لأبوين[1] أو لأب[2].

وقال[3] عبد الملك: ولا تدخل الأم ولا من النساء من قبل الأب إلا من يرثه منهن، ولا[4] تدخل العمة وبنت الأخ [(ش: 127/أ)] وبنت العم[5].

قال محمد: ويكون بين[6] أهل المرجع الذكور والإناث سواء، وتدخل[7] العصبة مع إناث ذكور الولد، إلا أن لا يكون فيه سعة فيبدأ بهن، ثم الأقرب فالأقرب من العصبة، ويدخل في ذلك الموالي[8][9].

---

(1) في (ن): (للأبوين).

(2) عياض: وقوله في مرجع الحبس: (يرجع إلى أقرب الناس بالمحبس حبسا عليه رجالاً كانوا أو نساء بينهما - وما وصل به كلامه من قوله - يرجع إلى أولى الناس بالمحبس بميراثه من ولده وعصبته وذكرانهم وإناثهم، يدخلون فيذلك)، وتفسير هذا - أيضاً - ما في آخر كتاب الوصايا الثاني عصبة كانوا أو بنات، ولو لم يبق من قرابته إلا امرأة واحدة، وهو نحو ما في كتاب محمد، إنما يدخل فيه من النساء من لو كان ذكراً كان عصبة؛ لقوله: ولده أو عصبتهم، ذكورهم وإناثهم. قال ابن القاسم: مثل العمات والأم والجدات؛ يريد للأب والأخوات والبنات وبنات البنين وبنات العم وبنات الإخوة، ولا يدخل فيه بنات الأخوات ولا بنات البنات ولا الإخوة للأم ولا بنات العمات، وعند عبد الملك أنه لا يدخل فيه من النساء، إلا من يرثه؛ يريد من عصبته أو بنيه، كبناته وبنات بنيه وكأخواته دون العمات وبنات الأعمام وبنات الإخوة، واختلف في الأم، ففي العتبية لابن القاسم، ليس لبنات المحبس شيء في المرجع، إنما ذلك للعصبة، ووقعت في آخر كتاب الهبات مسائل لم تكن في رواية ابن وضاح، وكمل الكتاب في روايته عند مسألة تغير الهبة في يد الموهوب بزيادة أو نقصان. اهـ. انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2634، وما بعدها.

(3) في (ش): (لا).

(4) قوله: (الواو) زيادة من (ن).

(5) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 12/62، 63.

(6) في (ش): (من).

(7) في (ن): (ويدخل).

(8) في (ش): (المولي).

(9) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 12/62.

قال ابن القاسم في المدونة: وأما إن قال أسكنتكها وعقبك[1] أو هي ولعقبك سكنى، فإنها ترجع إليه ملكاً بعد انقراضهم، وإن مات فإلى أولى الناس به يوم مات لا يوم المرجع، وهم ورثته ميراثاً لهم أو إلى ورثته، وورثته بمعنى المواريث للأملاك بخلاف قوله: حبساً، ولم يقل: سكنى، وإن قال: وهي[2] لك صدقة سكنى فله السكنى دون الرقبة.

ولو قال لرجلين: عبدي حبس عليكما وهو للآخر منكما، فهو كذلك، وللآخر أن يبيعه ويصنع به ما شاء.

وروي أن رسول الله ﷺ، قال: «**المسلمون على شروطهم**»[3] فالعمرى على ما شرط صاحبها إن أعمر رجلاً داراً أو أرضاً أو عبداً أو دابة أو حلياً حياته فإنه يرجع بعد موته إلى المعطي أو إلى ورثته ملكاً[4].

وبقية[5] القول في العمرى مضاف إلى اختصار العارية.

ومن كتاب الحبس: وإذا حبس في مرضه داراً على ولده وولد ولده[6] والثلث[7] يحملها، ثم مات وترك أماً وزوجة[8]؛ فإنها تقسم على عدد الولد وولد الولد، فما صار لولد الولد نفذ لهم بالحبس[9]، وما صار للأعيان كان بينهم وبين الأم والزوجة على

---

(1) في (ش): (أسكنتها أو هي). وانظر المسألة في: تهذيب البراذعي: 4/371

(2) في (ش): (هي).

(3) صحيح، أخرجه أبي داود: 2/327، في باب في الصلح، من كتاب الأقضية، برقم: 3594، والترمذي: 3/634، في باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس، من كتاب الأحكام، برقم: 1352 .

(4) انظر: المدونة: 10/261، 262.

(5) في (ش): (وبقيت).

(6) في (ش): (ولدك).

(7) في (ش): (والثالث).

(8) قوله: (الواو) زيادة من (ن).

(9) في (ن): (بالتحبيس).

الفرائض موقوفاً بأيديهم حتى ينقرض ولد الأعيان، فتخلص الدار[1] كلها لولد الولد حبساً.

ولو ماتت الأم أو الزوجة كان ما بيدها لورثتها موقوفاً، وكذلك يورث نفع ذلك عن وارثها أبداً ما بقي أحد من ولد الأعيان.

قال: وإذا مات أحد ولد[2] الأعيان قسم نصيبه بالتحبيس على باقي ولد الأعيان وولد الولد[3] على عدتهم فما أصاب ولد الأعيان دخلت فيه أم الميت الأول وزوجته بحق الميراث عنه وكذلك ورثة ورثتها بمثابتها[4] وما بقي من نصيب ولد[5] الأعيان من ذلك قسم بين من بقي من ولد الأعيان وبين الميت منهم[6] فما وقع للميت فهو الذي يجب لورثته عنه يكون لهم بالميراث عنه موقوفاً بأيديهم حتى ينقرض ولد الأعيان فإن انقرض ولد الأعيان وولد الولد رجعت إلى أقرب الناس بالمحبس.

قال سحنون: في مسألة ولد الأعيان هذا[7] إذا مات أحد ولد الأعيان انتقض القسم[8].

وقال[9] ابن المواز: وفي[10] موت أحد ولد الولد، أو في ولد يحدث للولد ينتقض[11] القسم[12].

---

(1) في (ش): (إلا أن).

(2) قوله: (ولد) ساقط من (ش).

(3) انظر: المدونة: 10/283 و284، وتهذيب البراذعي: 4/327.

(4) في (ش): (بمثاتيها).

(5) قوله: (ولد) ساقط من (ش).

(6) في (ش): (عنهم).

(7) في (ش): (هذه).

(8) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 12/77.

(9) في (ن): (وقاله).

(10) قوله: (الواو) ساقط من (ن).

(11) في (ش): (ينقض).

(12) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 12/76، 77.

وكذلك إن شرط أن من تزوجت فلا حق لها، وأنها إن رجعت عادت فيه فينتقض لرجوعها أو لتزويجها القسم[1].

وقال[2] عيسى عن ابن القاسم: إن كان الأعيان ثلاثة وولد الولد أربعة ثم مات واحد من الأعيان قسم نصيبه وهو السبع من أصل الحبس يجمع[3] ذلك فيقسم[4] وقاله سحنون[5].

قال ابن القاسم: فإن مات أحد ولد الولد قسم نصيبه خاصة على ولد الولد وولد الأعيان، ثم تدخل فيه الأم والزوجة وكذلك في موتهم كلهم[6].

قال سحنون: إذا انقرض ولد الولد[7] فلا تدخل فيما كان[8] بأيديهم الأم والزوجة لأنهم يأخذونه بمرجع الحبس لا بالميراث، وروي عن ابن القاسم: أنهما يدخلان فيه[9].

ومن الزيادة في تفسير هذه المسألة -مستخرج أكثره[10] من الأمهات-: أنه إذا مات واحد من ولد الأعيان[11]، [(ش: 127/ب)] وهم ثلاثة وولد الولد أربعة أخذ السبع من أصل الحبس من يده[12]، ومن يد الأم والزوجة ما بأيديهم من ذلك السبع، فيقسم ذلك على من بقي من ولد الأعيان وولد الولد، فما ناب ولد الأعيان دخلت فيه

---

(1) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 12/78.

(2) قوله: (الواو) ساقط من (ن).

(3) في (ش): (بجمع).

(4) في (ن): (ويقسم).

(5) انظر: النوادر والزيادات: 12/77.

(6) انظر: المدونة: 10/283.

(7) قوله: (قسم نصيبه خاصة على... إذا انقرض ولد الولد) ساقط من (ن).

(8) قوله: (كان) زيادة من (ن).

(9) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 12/79.

(10) في (ش): (أكثر).

(11) زاد بعده في (ش) قوله: (وهم حبساً ولو ماتت الأم والزوجة كان ما بيدهما لورثتهما موقوفاً).

(12) في (ن): (يديه).

الأم والزوجة[1] ويحيا الميت بالذكر فيجعل[2] له نصيبه، من ذلك ومما بأيدي الولدين الباقين[3] يجمع[4] ذلك فيقسم على ثلاثة سهمان للحيين وسهم للميت، فيكون سهمه لورثته من كانوا وينال منه ولده ميراثه.

ثم إن مات ولده هذا[5] كان ما بيده من أصل الحبس عن جده، وما أخذ عن أبيه بمعنى الحبس مقسوم على ما ذكرنا[6] من قسمة نصيب ولد الولد.

وأما السهم الذي في يده[7] عن أبيه بمعنى الميراث فهو لورثته ميراثاً ما[8] بقي أحد[9] من ولد الأعيان، ولو مات أولاً واحد من ولد الولد أخذ ما بيده فقط، فقسم على ستة، ولا يؤخذ هاهنا من يد[10] الزوجة والأم شيء، لأن السبع كاملاً كان بيد ولد الولد الذي مات، فما ناب ولد الأعيان هاهنا دخلت فيه الأم والزوجة عند ابن القاسم[11] وكذلك في انقراضهم.

قال سحنون: إذا انقرضوا لم تدخل الأم والزوجة فيما كان بأيديهم، وذلك أنه إنما رجع[12] إلى ولد الأعيان بأنهم أولى الناس بالمحبس من حبس أنفذ بأمر جائز[13].

---

(1) قوله: (ما بأيديهم من ذلك السبع، فيقسم ذلك على... والزوجة) ساقط من (ن).
(2) في (ش): (فجعل).
(3) في (ش): (الباقين).
(4) في (ش): (لجمع).
(5) في (ش): (هكذا).
(6) في (ش): (ذكره).
(7) في (ش): (بيده).
(8) قوله: (ما) زيادة من (ن).
(9) في (ش): (له).
(10) قوله: (يد) زيادة من (ن).
(11) انظر: المدونة: 10/283.
(12) في (ش): (يرجع).
(13) عقد الجواهر، لابن شاس: 3/963، وانظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 12/79.

القضاء فيما بنى أهل الحبس فيه[1]، ومن حبس أو أعمر على اشتراط بناء أو نفقة أو استثنى ثمرة أو حبس ما فيه ثمرة[2]، ولم يذكرها فاختلفا، ومن مات من أهل الحبس المؤجل كيف العمل في حظه والقضاء في الثمرة في ذلك[3].

وإذا بنى بعض[4] أهل الحبس فيه أو زاد[5] خشبة أو أصلح، ثم مات، وقد أوصى به، وقال: هو لورثتي فذلك لهم، وإن لم يذكرهم فلا شيء لهم قلَّ أم كثر[6].

وقال المغيرة: لا يكون من ذلك صدقة محرمة إلا فيما لا بال له من الميازيب والستر[7]، وأما ما له بال و[8] خطر فإنه مال يورث عنه ،ويقضى به دينه[9].

قال ابن القاسم: ومن أسكن رجلاً داراً حياته أو سنين مسماة على أن عليه مرمتها لم يجز، وهو كراء مجهول[10]، وأما إن أعطاه رقبتها على أن ينفق على ربها حياته فهو بيع فاسد، والغلة للمعطي بالضمان[11]، وترد الدار على ربها ويتبعه بما أنفق عليه[12].

وإن حبسها عليه وعلى عقبه على أن عليه إصلاح ما رث منها لم يجز، ولكن يمضي

---

(1) قوله: (فيه) ساقط من (ن).

(2) قوله: (أو حبس ما فيه ثمرة) زيادة من (ن).

(3) قوله: (في ذلك) زيادة من (ن).

(4) قوله: (بعض) زيادة من (ن).

(5) في (ش): (و زاد).

(6) انظر: المدونة: 10/288.

(7) زاد بعد في (ش): (له).

(8) قوله: (بال و) زيادة من (ن).

(9) انظر: المدونة: 10/289.

(10) في (ش): (لمجهول).

(11) في (ن): (والضمان)، والمثبت أقرب لما في المدونة.

(12) انظر: المدونة: 9/482 و483.

على[1] ذلك ولا مَرمة[2] عليه، وترم من غلتها، وقد فاتت[3] في سبيل الله ولا يشبه البيوع[4].

قال مالك: فيمن حبس [(ش: 128/أ)] على رجل فرساً على أن ينفق على الفرس سنة يريد[5] ثم هو له بتلا بعدها، قال في باب آخر: دفعه إليه يغزو عليه سنتين أو ثلاثة، وينفق عليه فيها، ثم هو للمعطى بعد الأجل[6].

قال مالك: فلا خير فيه إذ قد يهلك الفرس قبلها فيذهب علفه باطلاً[7].

قال ابن القاسم: يريد في المسألة الأولى وأرى[8] إن لم يمض الأجل أن يخير، فإما ترك الشرط وبتل الفرس أو أخذه وأدى للرجل[9] ما أنفق عليه، وإن مضى الأجل فقد فات وكان[10] للرجل بتلاً بلا قيمة.

وأما[11] بائع العبد على أنه مدبر ففات بالتدبير ففيه القيمة، لأنه بيع فاسد[12].

قال محمد[13]: يريد له[14] الأكثر من القيمة أو الثمن بتعجيله[15].

---

(1) قوله: (على) زيادة من (ن).

(2) عياض: مَرمة الدار بفتح الميم: إصلاح ما وهى من بنيانها. اهـ. انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2601.

(3) في (ش): (فات).

(4) انظر: المدونة: 10/284، 285.

(5) قوله: (يريد) زيادة من (ش).

(6) انظر: المدونة: 10/306.

(7) انظر: المدونة: 10/284.

(8) في (ش): (فأرى).

(9) في (ش): (ورد للرجل).

(10) في (ش): (فكان).

(11) في (ن): (فأما).

(12) انظر: المدونة: 10/285.

(13) قوله: (قال محمد) زيادة من (ش).

(14) في (ن): (به).

(15) قوله: (بتعجيله) زيادة من (ش).

قال أشهب وغيره في المسألة الثانية[1] في الفرس: لا تبطل العطية بشرطه[2]، ورواه ابن وهب عن مالك.

قال أشهب: وهو كمن أعاره لرجل يركبه سنة ثم هو لفلان، فترك ذلك المعار لصاحب الرقبة أنه[3] يتعجل قبضه، فإذا كان مرجعه إليه من نفسه كان أحرى أن يتعجله ويزول الخطر[4].

قال ابن القاسم: ومن وهب لرجل نخلاً واستثنى ثمرها عشر سنين، فإن كان الموهوب يسقيها بماله[5]؛ لم يجز وهو غرر كالفرس، ولو كانت النخل بيد الواهب يسقيها جاز، وكأنه وهبها له بعد عشر سنين، فإن[6] مات المعطي قبلها بطل ذلك، وإن بلغها أنفذ ذلك.

وإن تصدق بحائطه على رجل، وفيه ثمرة فزعم أنه لم يتصدق بثمرها، فإن أبرت يوم الصدقة فهو للمعطي، ويقبل قوله ولا يمين عليه، وكذلك الهبة، قال: يحوز المعطى الرقاب، والسقي على المعطي[7].

محمد: بماله يتولى ذلك المعطَى فيتم[8] الحوز.

فإن[9] لم تؤبر الثمرة فهي للمعطى، وإن حبس ثمرة حائطه على رجل حياته فكان يغتلها، ثم مات المعطى وفيها ثمرة قد طابت فهي لورثته، وإن لم تطب فهي لرب الحائط، كما قال مالك فيمن حبس حائطه على قوم معينين يريد حياتهم، فكانوا يلونه ويسقونه، فمات أحدهم بعد طياب الثمرة، فإن نصيبه لورثته، فإن أبرت ولم تطب، فإن

(1) قوله: (في المسألة الثانية) ساقط من (ن).
(2) انظر: المدونة: 10/307.
(3) في (ن): (لأنه).
(4) انظر: المدونة: 10/307.
(5) في (ش): (بماله عنده)، وفي المدونة وفي التهذيب: 4/340: (بمائه).
(6) في (ش): (إن).
(7) انظر: المدونة: 10/305.
(8) في (ن): (ويتم).
(9) في (ن): (وإن).

جميع الثمرة لبقية[1] أصحابه يقوون بها على العمل.

وقال أشهب: [(ش: 128/ب)] وكذلك إذا أبرت فنصيبه لورثته[2]، قال: وإن لم يلوا عملها، وإنما تقسم عليهم الغلة فنصيب الميت هاهنا لرب النخل، ثم رجع مالك فقال: بل يرد ذلك على من بقي منهم[3] من أصحابه، وبهذا أخذ ابن القاسم أن ذلك يرجع على من بقي منهم كان مما تقسم غلته عليهم[4] أو كانوا يلونه بأنفسهم[5]، وروى معه القول الأول أشهب وابن وهب وابن نافع، وعلي، وقالوا به، وقال المغيرة فيما يقسم من غلة دار أو غلة عبد أو ثمرة، قالوا: وأما دار يسكنونها أو عبد يخدمهم فنصيب الميت لباقيهم[6].

محمد: إلا أن يقول: يخدم هذا يوماً، وهذا يوماً، أو يسكن[7] هذا هذا البيت، وهذا هذا البيت فيصير كالغلة تقسم بينهم[8].

جامع الحوز في الصدقات والهبات والأحباس، وحيازة الأب والأجنبي والبكر، وحوز هبة المريض، والقيام بالهبة وموت الواهب والموهوب له قبل القبض

ولما كان الواهب لوارث أو لأجنبي[9] إذا أمسك الهبة حتى يموت كمن[10] زاد

---

(1) في (ش): (ببقية).

(2) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 12/51.

(3) قوله: (منهم) زيادة من (ن).

(4) في (ش): (يقسم عليه غلتهم).

(5) في (ش): (أنفسهم).

(6) انظر: المدونة: 10/294، 295.

(7) في (ش): (ويسكن).

(8) قوله: (بينهم) زيادة من (ن)، وانظر المسألة في: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 12/48 و49.

(9) في (ن): (الأجنبي).

(10) في (ش): (لمن).

على ثلثه في الوصية[1]، أو خص بالوصية بعض ورثته بطل، لأنه ينتفع بذلك حياته على أن يخرج ذلك من رأس ماله عن[2] ورثته بعد وفاته.

وقد قال أبو بكر وعمر وعثمان وابن عمر وابن عباس وغيرهم: لا تجوز صدقة حتى تقبض[3]، وقال الصديق لعائشة رضي الله عنها: فيما نحلها فلم تقبضه[4] حتى مرض، لو كنت حزتيه كان[5] لك، وإنما هو اليوم مال وارث[6].

قال عثمان: إلا أن ينحل ولده الصغير ويشهد فيجوز، وإن وليه الأب[7].

قال ابن القاسم: فكل صدقة أو حبس أو نحلة أو عطية أو عمرى أو هبة لغير الثواب في الصحة يموت المعطي أو يفلس قبل أن تحاز عليه فهي باطل تورث[8] عنه بعد موته، كان المعطى أجنبياً أو ولداً يقبض لنفسه، وكذلك الحبس والصدقة على المساكين إن لم تخرج من يده، إلا أن يوصي بذلك في مرضه لغير وارث فتنفذ من ثلثه[9].

وكذلك ما حبس على المساكين إن لم يخرج من يده[10] مما[11] له غلة من دور[12] أو غيرها، فكان يكريها ويفرق الغلة فذلك يبطل إذا مات، وأما الفرس والسلاح وما لا غلة له من عرض أو مصحف يحبسه[13] في السبيل، وكان يخرجه في وجوهه ويرجع

(1) في (ش): (وصية).
(2) في (ش): (على).
(3) انظر: المدونة: 10/290.
(4) في (ن): (تقبض).
(5) في (ن): (لكان).
(6) انظر: المدونة: 10/253.
(7) انظر: الموطأ: 2/771.
(8) في (ن): (يورث).
(9) انظر: المدونة: 10/290.
(10) قوله: (إن لم يخرج من يده) زيادة من (ن).
(11) في (ش): (فيما).
(12) في (ن): (دار).
(13) قوله: (يحبسه) زيادة من (ن).

إليه فهو نافذ، وإن لم يخرجه في وجهه حتى مات بطل، وإن أخرج بعضه نفذ ذلك وبطل ما بقي[1].

وكل هبة أو عطية لم يحزها المعطى حتى مات المعطي، أو فلس بدين مستحدث فهي باطل.

قال في كتاب العتق: فيمن أعتق عبده بعد خدمة سنة فلم يقبضه المخدم حتى استدان ديناً اغترق ماله أن الغرماء أحق بالخدمة[2]، وقاله في غير المدونة.

قال ابن القاسم: [(ش: 129/أ)] ومن وهب أو تصدق على من يقبض[3] لنفسه من وارث أو غيره فلم يقبض ذلك المعطى حتى مرض المعطي لم يكن للمعطى قبضها الآن، وكانت إن مات مالَ وارث[4].

ولا يقضى بالحيازة لحائز إلا بمعاينة بينة لحوزه في حبس أو هبة أو صدقة أو رهن، ولو أقر المعطي في صحته أن المعطى قد حاز وقبض لم يقض بذلك إن أنكر ورثته حتى تعاين البينة الحوز[5].

ومن تصدق عليه بأرض ولها وجه تحاز به مثل أن يأتي لها إبان زرع فتزرع أو تكرى أو تمنح أو تكون مما يحوزها بغلق، فإن أمكنه شيء من ذلك فلم يفعله حتى مات المعطي بطلت، وإن كانت مما لا يحاز بغلق ولا فيها كراء ولا أتى لها إبان تزرع فيه أو تمنح فهي نافذة للمعطى، وحوز هذه بالإشهاد، وإن كانت داراً[6] حاضرة أو غائبة، فلم يحزها حتى مات المعطي بطلت، وإن لم يفرط لأن لها وجهاً تحاز به[7].

---

(1) انظر: المدونة: 294.

(2) انظر: المدونة: 5/341.

(3) في (ش): (يقيم).

(4) انظر: المدونة: 10/290.

(5) انظر: المدونة: 10/321.

(6) في (ن): (دار).

(7) انظر: المدونة: 10/325.

عياض: قوله: (فيمن وهب داراً حاضرة أو غائبة، فلم يقبضها الموهوب فلا حق له، وإن كان لم يفرط في قبضها؛ لأن هذه حيازة)، هذا بين في أنه لا يراعى في عدم الحوز التفريط من غيره خلاف =

وإذا قلت في الأرض الغائبة: قد قبلت وقبضت، لم يكن ذلك حوزاً، وذلك كالإشهاد على الإقرار بالحوز، إلا أن يكون له في يديك أرض أو دار أو رقيق بكراء أو إجارة أو وديعة وذلك ببلد آخر، فيهبك ذلك فإن قولك: قبلت حوز[1]، وإن لم تقل[2] قبلت حتى مات الواهب فذلك لورثته، وقال غيره: ذلك حوز لمن ذلك في يديه.

وإن وهبك ديناً له عليك فقولك: قد قبلت حيازة، فإن[3] كان على غيرك فجمع بينكما وأشهد لك ودفع[4] إليك ذكر الحق إن كان عنده، فذلك نافذ محوز، وكذلك إن أحالك به عليه في غيبته، وأشهد لك وقبضت ذكر الحق[5].

وقال في كتاب الرهون فيمن رهن ديناً له على رجل: إنه إن لم يكن بكتاب، فالإشهاد فيه حوز مطروح من الرواية في آخر كتاب الرهون، وذكره[6] ابن المواز، وقال ابن القاسم: إن أشهد وجمع بينهما فهو حوز[7]، وإن لم يكن بكتاب وكذلك الصدقة فيه[8]، قال: وهذا حوز الديون.

وأما الرقيق والحيوان والحلي والعروض فالقبض[9].

ومن وهب نصفاً له في دار أو عبد فذلك جائز، ويحل الموهوب محله فيه فيكون

=

ما تقدم في هذا الأصل في الهبة للغائب، وهدية الحاج لأهله أن عدم التفريط لا يبطلها إذا مات، ولم تبلغ لربها وكذلك من مسألة الذي أبى أن يدفع إليه الهبة فخاصمه، فلم يحكم له بها حتى مات. اهـ. انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2618.

(1) قوله: (وذلك كالإشهاد على الإقرار... ذلك فإن قولك قبلت حوز) زيادة من (ن).

(2) في (ش): (يقل).

(3) في (ن): (وإن).

(4) في (ن): (فرفع).

(5) انظر: المدونة: 10/323، 324.

(6) قوله: (الواو) زيادة من (ن).

(7) في (ن): (حوزه).

(8) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 10/171.

(9) انظر: المدونة: 10/329.

ذلك حوزاً[1].

ولا بأس بهبة ما لم يبد صلاحه من زرع، أو ثمر، أو ما تلد أمته أو غنمه، أو ما في ضروعها من لبن أو على ظهورها من صوف، أو ثمر قد طاب في شجره، والحوز في ذلك كله حوز [(ش: 129/ب)] الأرض أو رقاب النخل أو الأمهات، وعلى الواهب تسليم ذلك كله إليه بالقضاء والسقي فيما يسقى على الموهوب[2].

وقال أشهب: لا يكون قبض الأمهات قبضاً لما تلد[3].

وإن حبس عليه الأصل، وفيه ثمر قد أبر، فالثمرة للمعطي إن أنكر دخوله في الحبس؛ فهو مصدق ولا يمين عليه، ويحوز المعطى الأصول، والسقي على المعطى هٰهنا[4].

قال ابن القاسم: وإن وهبه ما تلد أمته أو يثمر نخله عشرين سنة، جاز إذا حوزه

---

(1) انظر: المدونة: 10/311 و312.

عياض: وقوله في: (المتصدق بنصف دار بينه وبين رجل أو وهب له نصف داره غير مقسومة، الهبة جائزة وقبضها أن يحل فيها محل الواهب، ويحوز ويمنع مع شركائه)، ظاهره أنه لم يبق للواهب فيها شيء، وأن الموهوب حاز ما وهب له مع إشراك الواهب، وبهذا يتبين أن قوله نصف داره أنه لم يكن للواهب إلا النصف الآخر، وذهب بعض الشيوخ أن ظاهره أن جميعها له لكن جوابه في الحوز لم يأت عليها؛ إذ لا يصح حوز هذه إلا بالمقاسمة يريد أو يخرجاها من أيديهما لحائز آخر أو يسلم جميعها للموهوب، وفرق في كتاب محمد بين العبد والدار، فأجاز بقاء أيديهما في العبد ويقسمان خدمته أو غلته بالأيام، ولم يجز ذلك في الرباع، وفي كتاب محمد - أيضا - التسوية بين العبد والدار، وأن كون أيديهما عليهما حوز لهما، وفي كتاب ابن سحنون: الصدقة مع بقاء أيديهما عليها باطل، وقال ابن مزين: إذا عمرها المتصدق والمتصدق عليه، كما يعمر الشريك مع شريكه، ويمنع كما يمنع، ويقضي كما يقضي، حتى صار في جميع ذلك مثله فالصدقة تامة وقد حازها. قال: وهو قول ابن القاسم وعيسى، ولم ير ذلك أصبغ بغير مقاسمة. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2615، وما بعدها.

(2) انظر: المدونة: 10/318، وما بعدها.

(3) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 12/184.

(4) قوله: (وإن حبس عليه الأصل... والسقي على المعطى هاهنا) زيادة من (ن).

الأصل أو الأمة[1]، أو حاز ذلك[2] له أجنبي، وإن لم يخرج ذلك من يديه حتى مات؛ بطل[3].

وحيازة[4] من أسكنته أو أخدمته حوزٌ[5] للدار أو العبد[6]، وإن وهبته عبداً قد رهنته جاز ويقضى عليك بافتكاكه، وإن لم يقم عليك حتى فديته له؛ فله أخذه ما لم تمت أنت فتبطل الهبة، وليس حوز المرتهن إياه[7] بحوز، لأن له حقاً في رقبته بخلاف المخدم[8].

قال: وليس حوز الغاصب حوزاً للموهوب.

وقال أشهب ومحمد وسحنون: إن قبض الغاصب حوز للموهوب[9]، وأنكر ذلك يحيى.

قال ابن القاسم: وكذلك خليفتك على دار ليس حوزه حوزاً للموهوب[10] ولو

---

(1) في (ش): (والأمة).

(2) قوله: (ذلك) ساقط من (ن).

(3) انظر: المدونة: 320/10.

عياض: وقوله: (إذا وهبت لرجل ما تلد جاريتي عشرين سنة أو ثمرة نخلة عشرين سنة أنه جائز إذا حاز الموهوب النخل، وكذلك الجارية)، هذا بيان أن حوز الرقاب لما لم يوجد بعد من الغلل المتصدق بها حوز للصدقة؛ إذ لا يقدر على أكثر من هذا، وإلى هذا ذهب أبو عِمرَان، خلاف ما ذهب إليه ابن حبيب، وقيل: إن الحوز لها لا يصح إلا إذا كان في الأصول الثمر أو الحبل أو ما تصدق به من غلة ولا يصح إذا لم يوجد، وهو قول عبد الملك في... كتاب ابن حبيب، وقال أَشْهَب في الحبل: لا يصح الحوز فيه إلا بعد الولادة، كما لا... يصح رهنه. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2615.

(4) قوله: (الواو) ساقط من (ن).

(5) في (ش): (حوزه).

(6) في (ن): (للعبد).

(7) قوله: (إياه) زيادة من (ن).

(8) انظر: المدونة: 316/10.

(9) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 150/12.

(10) انظر: المدونة: 317/10.

وهبته عبداً قد آجرته من رجل؛ فليس حوزه بحوز للموهوب، إلا أن يسلم إليه إجارته معه فيتم الحوز، وأما الشيء المعار أو[1] الشيء المودع أو[2] العبد المخدم فذلك حوز للموهوب[3].

وفي العرية طرف من هذا[4].

قال: وإن وهب لابنه الكبير أو الأجنبي، وهو غائب فلم يقدم ويقبض حتى مات؛ فلا شيء له[5].

وإن وهب لحاضر وغائب أرضاً، فقبضُ الحاضر حوزٌ للغائب، وإن لم يعلم ولا وكله، وكذلك إن وهب لغائب وجعل من يحوز له.

قال سحنون: ألا ترى أن أحباس السلف يحوز من يليها للغائب، وللصغير[6] ولمن لم يولد بعد[7].

ومن وهب لصغير هبة، وجعل من يحوزها له فذلك حوز، وإن كان له أب أو وصي حاضر، فإذا بلغ فله أن يقبض، لأنه أراد ارتقاب بلوغ رشده[8]، أو لئلا يأكله الأب، ولا يرتقب في كبير حاضر شيئاً، فإذا كان مرضي الحال فليس حوز غيره عليه[9] له بحوز، إلا على معنى الحبس الذي إنما[10] يجري عليه غلته[11].

---

(1) في (ن): (و).

(2) في (ن): (و).

(3) انظر: المدونة: 10/324، 325.

(4) انظر: المدونة: 7/248.

(5) انظر: المدونة: 10/321، 322.

(6) في (ن): (الصغير).

(7) انظر: المدونة: 10/329.

(8) في (ن): (أشده).

(9) قوله: (عليه) زيادة من (ن).

(10) في (ش): (مما).

(11) انظر: المدونة: 10/330.

وإذا[1] وهب لحاضر غير صغير، ولا سفيه ولا عبد، وجعل من يحوز عليه لم يجز ذلك[2]، [(ش: 130/أ)] إن لم يقبض الهبة حتى يموت الواهب، لأنه منعه من تسليمها إليه، وقد قبلها إلا من حبس غلة نخل على رجل، وجعل ذلك بيد من يجريه عليه ويتولاه فذلك جائز، وكذلك أحباس الماضين[3].

وقال أشهب: إن تصدق عليه على ألا يبيع، ولا يهب فهو حبس جائز، وقال مالك: هي صدقة ضعيفة[4].

وقال[5] ابن القاسم: إنها مردودة ،وروى أشهب عن مالك قال: أراها بتلاً، وأراها ضعيفة.

قال مالك: ولا تجوز هبة لكبير[6] على أن لا يهب ولا يبيع إلا لسفه أو صغر[7] يشترط ذلك عليه[8] مادام في ولاية، وإن اشترط ذلك عليه بعد زوال الولاية لم يجز ذلك[9]، كان ولداً[10] للواهب أو أجنبياً[11].

وإن تصدقت على رجل بدراهم جعلتها له[12] على يدي[13] غيره، والموهوب له حاضر عالم جائز الأمر، فلم يقم[14] ولا قبض حتى مت أنت؛ فذلك جائز نافذ إن لم

(1) في (ن): (فإذا).

(2) انظر: المدونة: 10/331.

(3) في (ش): (الناضين).

(4) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 12/62.

(5) قوله: (الواو) ساقط من (ن).

(6) في (ش): (الكبير).

(7) في (ن): (لصغر).

(8) قوله: (عليه) زيادة من (ن).

(9) قوله: (ذلك) زيادة من (ن).

(10) في (ش): (ولد).

(11) انظر: المدونة: 10/330، 331.

(12) قوله: (له) زيادة من (ن).

(13) في (ش): (يد).

(14) في (ش): (يغير).

تكن أنت[1] نهيت الذي هي على يديه عن دفعها إليه إلا بأمرك، فإن كنت نهيته فهي لورثتك، وإن لم تنهه فللمعطى أخذها بعد موتك وفي حياتك، ولا رجوع لك فيها.

وإن دفعت في الصحة مالاً لمن يفرقه[2] في الفقراء ثم مت قبل إنفاذه، فإن كنت أشهدت، فإنه ينفذ ما فات وما بقي، وإن لم تشهد فالباقي منه لورثتك، وإن فرق باقيه بعد موتك ضمن تلك[3] البقية لورثتك[4].

ومن كتاب الهبات: ومن وهب هبة لغير ثواب فامتنع من دفعها قضي بها عليه للموهوب، ولو خاصمه فيها وأوقع بينة، وأوقفت[5] الهبة والسلطان ينظر فيها حتى مات الواهب قبل قبض الموهوب، فإنه يقضى له بها إن عدلت بينته، كالمفلس يخاصمه الرجل في عين سلعته ،وتوقف السلعة ثم يموت الغريم، إن ربها أحق بها إن ثبتت ببينة[6]، ولو لم يقم الموهوب فيها[7] حتى مرض الواهب؛ فلا شيء له، إلا أن يصح[8].

---

(1) قوله: (أنت) زيادة من (ن).

(2) في (ش): (يعرفه).

(3) قوله: (تلك) زيادة من (ن).

(4) انظر: المدونة: 10/302، 303.

(5) في (ش): (وأوقعت).

(6) في (ن): (بنيته).

(7) قوله: (فيها) زيادة من (ن).

(8) انظر: المدونة: 10/252.

عياض: وقوله: (إذا أوقفها السلطان حتى ينظر في حجتهم، فمات الواهب فهي للموهوب إذا ثبتت الهبة)، وكذلك قوله في كتاب الهبات: إذا لم يقم حتى مرض الواهب لا شيء له فيها)، وهو يحمل على أنه فرط وفي كتاب ابن حبيب: أنه لا ينفعه الإيقاف إلا أن يحكم له به في حياته وإن لم يمكنه القبض فلا يضره موته. قال فضل: هذا خلاف ما في المختلطة.

قال القاضي: انظر قوله: (وإن لم يمكنه القبض)، فهو يقوي ما تأولناه أنه - هنا - غير مفرط، وهو قول عبد الملك أن الصدقة ما لم يفرط في قبضها جائزة، كان القبض قبل الموت أو بعده، علم بها الموهوب أو لم يعلم، وهي محمولة على التفريط حتى يثبت أنه لم يفرط، وقاله ابن كنانة، وقال أصبغ ومُطرِّف: إذا لم يقبضها وأعجله الموت أو أمهله... فالصدقة باطلة، قال عبد الملك بن حبيب: وأخبرني أصبغ عن ابن القاسم عن مالك بالقولين جميعاً، وقول ابن شهاب فيمن أعمر رجلاً بيتا ثم قال هو لفلان بعدك، فإنه ينفذ ما قاله إذا كان هبة للآخر - بفتح الخاء وكسرها - وهما بمعنى

ومن الحبس: وإذا قبض الموهوب الهبة بغير أمر الواهب؛ جاز قبضه، إذ يقضى عليه بذلك إن[1] منعه إياها، إلا هبة الثواب[2] فله منعها حتى يثيبه[3].

ولا رجوع لواهب في هبة إلا من له أن يعتصر، أو[4] من وهب للثواب فله منعها حتى يثاب، وإن وهبت هبة لحر أو عبد فلم يقبض حتى مات؛ فلورثة الحر وسيد العبد قبضها ويقضى بذلك عليك[5].

وما اشترى الرجل من هدية لأهله في سفره من كسوة ونحوها، أو من بعث بهدية أو صلة لرجل، ثم مات المعطي أو المعطى قبل وصولها إليه، فإن كان أشهد فهي للمعطى أو لورثته، وإن لم يشهد فهي [(ش: 130/ب)] للذي أعطى أو لورثته[6].

واحد. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2618، ومابعدها.

(1) في (ن): (لو).

(2) في (ش): (للثواب).

(3) في (ن): (يثيبها)، وانظر المسألة في: المدونة: 10/344.

(4) في (ن): (و).

(5) انظر: المدونة: 10/314.

(6) انظر: المدونة: 10/304.

عياض: ومسألة: (ما يشتريه الناس من الهدايا في الحج لأهليهم من الكسوة، ثم يموت قبل أن يصل)؛ إن كان أشهد على ذلك مضى لمن أشهد له به الأهل - هنا - الزوجات والبنون وغيرهم، كباراً كانوا أو صغاراً، بينة في كتاب محمد، وهو يرد ما وقع في رواية يحيى عن ابن القاسم أنه إنما أجاز ذلك لصغار ولده ومن في حجره؛ إذ لو لم يجز إلا لهؤلاء لم يختص ذلك بالحج والسفر دون الإقامة، ولا معنى لما قال بعض الصقليين: إنما معنى ذلك إذا وهب العين ثم اشترى به، فجعل الشراء يقوم مقام الحوز؛ لأن مسألة الذي وجه صلته وهبته قد جعلها حوزاً؛ والعلة في ذلك كله عدم التفريط في الحوز.

قال في الكتاب: وكذلك الذي يبعث بالهدية أو الصلة، وهو غائب فيموت الباعث قبل أن تصل إلى المبعوث إليه تمضي إن كان أشهد على ذلك، إنما جعل هذا حوزاً وإن لم تصل إلى المبعوث إليه أو الموهوب له؛ لأن هذا أقصى ما يقدر عليه، ولأن الموهوب غير مفرط في القبض، فهذا على مراعاة أن التفريط هو المعتبر في إبطال الحوز على أحد القولين.

=

وروى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم، قال: إنما هذا إذا اشتراه[1] لصغار ولده وأبكار بناته ممن يجوز[2] حوزه لهم، فهذا إن أشهد عليه وأعلنه جاز[3].

ومن كتاب المديان: ومن قال لرجل لا شيء له عنده: ادفع إلى فلان مائة درهم صلة مني له، فمات الآمر قبل دفع المأمور إياها، أو بعث لرجل بهدية فمات الباعث قبل وصولها إلى الموهوب، فإن كان أشهد في الوجهين فهي نافذة، وإن لم يشهد فهي رد[4].

وكذلك إن تصدق على رجل[5] بدين له على آخر[6]، وأشهد بذلك كقول مالك

ومن هذه المسألة يخرج، وبها عللها الشيوخ، وسيأتي بيانها بعد إن شاء الله تعالى، وقوله: (وإن لم يشهد الباعث، فأيهما مات قبل أن تصل فهي ترجع إلى الباعث أو إلى ورثته)، ومثله لأَشْهَب عند محمد، قالوا: هذا على غير أصله المعلوم، ومذهبه المحقق في أنه لا يعتبر موت الموهوب له وورثته يقومون مقامه في طلب الهبة، كما قال بعد هذا في الكتاب وفي غيره، وفي كتاب ابن حبيب في مسألة من مات منهما رجعتلورثته، وهذا هو الجاري على الأصل المتقدم.

قال القاضي: ولعل معنى ما في الكتاب - هنا - أن يقول الباعث: أنا إنما تصدقت بها صلة للمبعوثة إليه بعينه إن وجد حيا، فيكون مصدقاً؛ إذ لا يلزمه إلا ما أقر به من معروفه، إذ لو لم يشهد على أصله فيلزمه بظاهر فعله. وقوله كما قال ابن شهاب إثر المسألة: (إذا قال المتصدق، وإنما أردت بها صلته إن كان أشهد على صدقته فتوفي المعطى له قبل بلوغها له ثبتت وليس للمتصدق فيها رجوع)، وقد قيل: إن الفرق بين المسألتين أن الغائب - هنا - لم يسمع منه قبول، فيخرج من هذا أن عدم القبول يفسد الهبة، وإن كان الواهب حياً. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2610، ومابعدها.

(1) في (ش): (اشترى).

(2) في (ش): (يحوز).

(3) انظر: التنبيهات المستنبطة، لعياض، ص: 2610.

(4) عياض: وقوله في: (الرجل يدفع إلى الرجل الدنانير يفرقها في سبيل الله، فيموت الآمر) أن ما فرق بينها ماض، وما لم يفرق فإن كان أشهد بذلك حين دفعها إليه فهو ماض من رأس المال، وإن كان لم يشهد فما بقي موروث؛ معناه: أن الورثة مقرون بذلك، ولو نازعوه لضمن ما فرق وما بقي، إن كان لم يشهد بعد أن يحلف منهم من يدعي علمه بذلك من يظن به ذلك. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2609.

(5) في (ش): (رجال).

(6) في (ش): (أحد).

فيمن ساق عن ناكح صداقاً، فمات السائق قبل قبض الزوجة الصداق فهو لازم للميت.

وقال غيره: إذا مات الآمر الذي وصل الرجل بالصلة قبل قبض الموصول إياها حتى تصير[1] بالقبض ديناً على الواصل، فلا شيء للمعطى[2].

ومن الحبس[3]: والأب يحوز لصغار ولده، ولمن بلغ من أبكار بناته ما وهبهم هو وأشهد عليه- يريد[4] مما يعرف بعينه، أو كانت داراً ولم يسكن منها ما له[5] قدر- ولا يزول حوزه حتى يبلغ الذكور ويدخل بالبنات[6] أزواجهن بعد الحيض ويؤنس من جميعهم[7] مع ذلك رشد، فإن بلغوا مبلغاً تجوز حيازتهم فلم يقبضوا حتى مات الأب بطلت هبة الأب من ذلك.

وليس للابنة[8] ولو ولدت الأولاد وهي سفيهة حوز ولا أمر، وذلك إلى الأب أو الوصي، وكذلك إن كانت بالغة[9] مرضية، لم يبن زوجها[10].

ومن كتاب الرهن: ومن[11] حبس على صغار ولده داراً، أو وهبها لهم، أو تصدق بها عليهم، فإن حوزه لهم حوز، إلا أن يكون ساكناً في كلها أو في جلها حتى مات فيبطل جميعها، وأما الدار الكبيرة ذات المساكن[12] يسكن أقلها وأكرى لهم باقيها،

---

(1) في (ش): (يصير).

(2) انظر: المدونة: 9/112، 113.

(3) في (ش): (المحبس).

(4) في (ن): (بدين).

(5) قوله (ما له) يقابله في (ش): (حاله).

(6) في (ن): (بالإناث).

(7) في (ن): (جميعهن).

(8) في (ش): (لابنة).

(9) في (ش): (بالغا).

(10) قوله: (يبن زوجها) يقابله في (ن): (يبرز وجهها)، وانظر المسألة في: المدونة: 10/333، 334.

(11) قوله: (الرهن: ومن) يقابله في (ن): (الرهون وإن).

(12) في (ش): (المساكين).

فذلك نافذ لهم فيما سكن وما لم يسكن، ولو سكن الجل وأكرى الأقل بطل الجميع.

ولو كانت دوراً فسكن واحدة ليست بجل حبسه؛ جاز الأمر فيما يسكن، وفيما لم يسكن[1]، وإن كانت الأكثر بطل في جميع الدور.

قال مالك: وقد حبس زيد بن ثابت وعبد الله بن عمر داريهما وسكنا من ذلك منزلاً حتى ماتا، فنفذ حبسهما فيما سكنا، وفيما لم يسكنا[2].

ومن كتاب الهبات وكتاب الحبس[3]: ولا تكون الأم حائزة لما[4] وهبت لصغار بنيها وإن أشهدت، بخلاف الأب إلا أن تكون وصيةً أو وصيةَ وصي فيتم حوزها لهم ولابنتها البكر وإن حاضت[5].

ولا يجوز للبكر[6] ليس لها أب ولا وصي، حيازة ولا هبة ولا عتق ولا صدقة، ولا فعل في ثلث ولا غيره حتى تدخل بيتها[7] وتكون رشيدة [(ش: 131/أ)] فذلك لها، وذلك حينئذ في ثلثها، وليس بعد الدخول حد مؤقت وحدها الدخول إن كانت مُصلحِة[8].

ربيعة: ثم لها رد ما أعطت قبل جواز أمرها[9].

---

(1) قوله: (ولو سكن الجل وأكرى... وفيما لم يسكن) ساقط من (ن).

(2) انظر: المدونة: 9/305، 306.

(3) في (ن): (الأحباس).

(4) في (ش): (لمن).

(5) انظر: المدونة: 10/332، 333.

(6) قوله: (وهبت لصغار بنيها وإن أشهدت... حاضت ولا يجوز للبكر) زيادة من (ن).

(7) في (ش): (بيتاً).

(8) عياض: وقوله في: (صدقة البكر يجوز صنيعها في ثلثها إذا دخل بها وعرف من صلاحها)، وقول ربيعة: هي بالخيار إذا برزت، فإن أقامت على الرضى بما أعطت بعدأن تتزوج جاز يستدل به من يرى أن بدخولها يجوز فعلها لكن انظر قوله: وعرف من صلاحها فهو شرط آخر مع الدخول، ومعنى برزت؛ أي ظهرت وخرجت من حجيبة الأبكار وشهدت مشاهد النساء. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2613، 2614.

(9) انظر: المدونة: 10/307، 308.

ولو تصدق عليها الزوج أو وهبها قبل البناء وأشهد، ولم يخرج ذلك من يديه حتى مات فليس ذلك لها بحوز، إلا أن يجعله[1] بيد من يحوزه لها، وكذلك بعد دخوله بها وهي سفيهة أو مجنونة، ولا يكون واهب[2] حائزاً للموهوب إلا والد، أو وصي أو من يجوز أمره[3]، والزوج لا يجوز أمره عليها ولا بيعه ما[4] لها[5].

ومن وهب لابنه العبد هبة فسيده الحائز له دون الأب، وليس بحائز لما[6] وهب لصغير[7] أجنبي إلا أن يكون وصياً، أو يخرجه من يده إلى رجل يحوز له، ولو جعل الصدقة على ابنه العبد بيد أجنبي يحوزه[8] له كانت حيازة، كالصغير حتى يكبر والغائب حتى يقدم، والعبد حتى يعتق[9].

ومن وهب عبداً لابنه الصغير ولأجنبي، فلم يقبض الأجنبي حتى مات الواهب، فذلك باطل كله، كقول مالك فيمن[10] حبس على ولده الصغار والكبار فمات قبل أن يقبض الكبار: أنه يبطل كله.

وروى ابن نافع وعليٌّ: فيمن تصدق على ولده الصغير مع كبير أو أجنبي، أن نصيب الصغير جائز[11]، ويبطل ما سواه، ولو كان حبساً بطل جميع الحبس، لأنه لا

---

(1) في (ن): (تجعله).

(2) في (ن): (واهباً)، والمثبت موافق لما في التهذيب: 4/355.

(3) عياض: وقوله: (فيمن تصدق بصدقة على غيره لا يكون هو الحائز إلا أن يكون والداً أو وصياً أومن يجوز أمره عليه)؛ يعني كوكيل القاضي، وقيل: يستفاد منه أن السيد يحوز ما تصدق به على عبده وأم ولده. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2621.

(4) قوله: (ما) ساقط من (ش).

(5) انظر: المدونة: 10/336، 337.

(6) في (ن): (بما).

(7) في (ش): (للصغير).

(8) في (ش): (يحوز).

(9) انظر: المدونة: 10/335 و336.

(10) في (ش): (فيما).

(11) عياض: وقد قال مالك في مسألة صدقة الأب: (وحبسه على صغير وكبير، فلم يخرج من يده حتى

يقسم، ولا يملك أصله والصدقة يملكونها وتقسم بينهم، وقد حازها للصغير من يحوز حوزه[1].

وكل حبس أو هبة أو صدقة أو عطية بتلها مريض لرجل بعينه أو للمساكين، فلم تخرج من يده حتى مات، فذلك نافذ في ثلثه كوصاياه، ولأن حكم ذلك وحكم ما أعتق الإيقاف[2] ليصح المريض فيتم ذلك أو يموت، فيكون في الثلث، ولا يتم فيه لقابض في المرض قبض، ولو قبضه كان للورثة إيقافه[3]، ولا رجوع للمريض فيه، لأنه بتل بخلاف الوصية، ولا يتعجل الموهوب قبضه إلا على أحد قولي مالك في المريض له مال مأمون، فينفذ ما بتل من عتق وغيره[4].

ومن حبس على بنيه الصغار حبساً[5]، ثم مات وعليه دين لا يدرى أقبل الحبس أو بعده، فقال البنون: قد حزنا بحوز الأب علينا، فإن لم يقيموا البينة أن الدين بعد الحبس، [(ش: 131/ب)] بيع للغرماء[6].

=

مات أنها باطل للكبير)، واختلف قوله في الصغير، قيل: (الاختلاف في جواز الصدقة فيها على الصغير مبني على الخلاف في حوز المتصدق عليه مع المصدق ما بينهما فيه شرك)، فعلى القول أنه يصح لهما يصح للصغير ويصح حوز الكبير لنصيبه مع الأب؛ لأن الكبير إذا قام لم يكن له أن يحوز نصيبه مع الأب على هذا، وعلى قوله: (لا يصح حتى يحوز المتصدق عليه أو الأجنبي)، الجميع يأتي قوله - هنا - لا يصح لهما؛ لأن مقتضاه أن الكبير وضع يده فيه مع الأب، فلم تصح لهما وأن للكبير أن يخرجه من يد الأب، وقوله - هنا - لأن الحبس لا يقسم بيان من الكتاب في هذه المسألة أنه لا يقسم، وقد سوى في كتاب محمد بين الحبس والصدقة في جواز حوز نصيب الصغير إذا أبرز له ذلك الأب ومنع نفسه من منافعه. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2617.

(1) انظر: المدونة: 10/321، 322.

(2) في (ش): (الوقف).

(3) في (ش): (وقفة).

(4) انظر: المدونة: 10/299، 300.

(5) قوله: (حبسا) زيادة من (ن).

(6) انظر: المدونة: 10/257.

ومن غير المدونة، قال سحنون: لا أقوله والحبس[1] للولد ولا بينة عليهم، لأنه في أيديهم، والبينة على أهل الدين أن الدين قبل الحبس[2].

وقال أبو محمد: وقال أصبغ مثله في المستخرجة، وقال سواء كان الولد صغاراً أو كباراً إذا حازه الكبار، وأما الصغار فالأب يحوز لهم[3].

وقال ابن القاسم: ذلك في الكبار إذا حازوا، وأما الصغار فالبينة عليهم[4].

جامع الرجوع في الهبة، ومن له الاعتصار[5]، وما يحدث الواهب في الهبة قبل أن تقبض

قال النبي ﷺ: «العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه»[6].

ونهى المتصدق بالفرس أن يبتاعها[7].

وروى أنه قال: «لا يحل لأحد أن يهب هبة ثم يعود فيها إلا الوالد»[8].

---

(1) في (ن): (فالحبس).

(2) قوله: (الحبس) زيادة من (ن).

(3) قوله: (لهم) زيادة من (ن).

(4) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 12/232، 233.

(5) عياض: معنى الاعتصار للهبة في اللغة: الحبس والمنع.
وقيل: الارتجاع، قاله ابن الأعرابي وهما في اعتصار الهبة صحيحان؛ لأنه ارتجاع وحبس لما أعطاه ومنع له.
واعلم أن الاعتصار مختص بالهبة وحدها وما في معناها من العطية والنحل والمنحة وشبهها دون الصدقة والحبس، فلا اعتصار فيهما، وكذلك الهبة والعطية والنحل وشبهها إذا قال في ذلك لله أو لصلة رحم أو لثواب الله، فلا اعتصار فيه كما أن الصدقة إذا شرط فيها الاعتصار فله شرطه. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2622.

(6) متفق عليه، أخرجه البخاري، كتاب الهبة وفضلها، باب هبة الرجل لامرأته والمرأة لزوجها: 2/915، برقم: 2449، ومسلم، في كتاب الهبات، باب تحريم الرجوع في الصدقة والهبة بعد القبض: 3/1240، برقم: 1622.

(7) وهو حديث عمر، وقد سبق تخريجه.

(8) صحيح، أخرجه أبي داود: 2/313، في باب الرجوع في الهبة، من كتاب الإجارة، برقم: 3539، والترمذي: 4/442، في باب ما جاء في كراهية الرجوع في الهبة، من كتاب الولاء والهبة، برقم:

وقال[1] عمر: من وهب هبة لصلة رحم أو على وجه الصدقة، فإنه لا يرجع فيها.

ومن وهب هبة يرى أنها للثواب فهو على هبته.

وكل[2] صدقة فلا اعتصار فيها للأبوين[3].

وأما الهبة والعطية والعمرى والنحل، فلهما الاعتصار في ذلك كله، وأما الحبس فإن كان بمعنى الصدقة لم يعتصر، وإن كان بمعنى الهبة يكون سكنى وعمرى، فإنه يعتصر[4].

يريد إذا حبس عليه وعلى عقبه لم يعتصر؛ لأنه لا يعتصر من ولد الولد[5].

قال محمد: وإن كانت العمرى بمعنى الصدقة لم تعتصر[6].

وللأب اعتصار ما وهب لبنيه الصغار والكبار[7].

قال مالك: وكذلك إن بلغ الصغار ما لم ينكحوا، أو يستحدثوا ديناً[8] أو يحدثوا في الهبة حدثاً، أو تتغير الهبة[9] عن حالها[10].

قال محمد: أو تنمو الهبة أو تنقص[11]، وهذا على قول ابن القاسم.

= 2132، والنسائي: 6/265، في رجوع الوالد فيما يعطي ولده وذكر اختلاف الناقلين للخبر في ذلك، من كتاب الهبة، برقم: 3690، وابن ماجه: 2/795، في باب من أعطى ولده ثم رجع فيه، من كتاب الهبات، برقم: 2377.

(1) قوله: (الواو) زيادة من (ن).

(2) في (ن): (فكل).

(3) انظر: المدونة: 10/340.

(4) انظر: المدونة: 10/341.

(5) قوله: (يريد إذا حبس عليه وعلى عقبه... الولد) زيادة من (ن).

(6) انظر: التنبيهات المستنبطة، لعياض، ص: 2623.

(7) في (ن): (أو الكبار).

(8) قوله: (يستحدثوا دينا) يقابله في (ن): (يستدينوا).

(9) قوله: (الهبة) ساقط من (ن).

(10) انظر: المدونة: 10/340.

(11) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 12/192.

وللأب أن يعتصر من الأصاغر[1]، وإن لم تكن لهم أم، لأن اليتم من قبل الأب، ويعتصر ممن كبر من الصغار أيضاً بعد كبره وبعد[2] قبضه الهبة، أو في حال صغره[3].

ولو قبض الكبير أمة وهبها إياه الأب، فوطئها فليس للأب أن يعتصرها بعد الوطء[4].

قال يحيى: وكذلك إن غاب عليها الابن، وادعى أنه وطئ فلا عصرة له[5].

ولا يعتصر الأب ما وهب أجنبي لولده.

وقال[6] ربيعة ومالك: ولا[7] يعتصر الصدقة من ابنه، وإن عقَّه[8].

وقضى عمر بن عبد العزيز أن من نحل ابنه أو ابنته، ثم نكحا على ذلك؛ فلا رجوع له، وإن نحلها بعد النكاح فذلك له ما لم يتداينا أو يموتا[9].

وللأم أن تعتصر ما نحلت أو وهبت لولدها الصغير في حياة أبيه أو ولدها الكبير، وإن لم يكن له أب إلا أن ينكحا أو يتداينا، فإن لم يكن [(ش: 132/أ)] للصغير أب حين وهبته فليس لها أن تعتصر منه، لأنه يتيم لا يعتصر منه، وتعد كالصدقة عليه[10].

---

(1) عياض: وقول عمر ﷺ للوالد أن يعتصر مادام يرى ماله؛ أي: ما لم يتغير، وهو مثل قول سليمان بعده ما رأى عطيته بعينها وما لم يستهلكها، وقول مالك قبل: مثله في التغير، وظاهره بالزيادة والنقص، وهو قول أصبغ، وقال مُطرِّف، وعبد الملك لا تفيتها الزيادة والنقص، ولم يختلف في تغير السوق أنه لا يفيت الاعتصار. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2624.

(2) قوله: (وبعده) يقابله في (ش): (أو بعده).

(3) في (ش): (صغر).

(4) انظر: المدونة: 10/340.

(5) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 12/194.

(6) قوله: (الواو) زيادة من (ن).

(7) قوله: (الواو) زيادة من (ن).

(8) انظر: المدونة: 10/343.

(9) في (ش): (يفوتا)، وانظر المسألة في: المدونة: 10/342.

(10) انظر: المدونة: 10/338، 339.

قال أشهب: إلا أن يكون موسراً[1].

وإن وهبتهم وهم صغار ولا أب لهم، ثم بلغوا ولم يحدثوا في الهبة شيئاً؛ فليس لها أن تعتصر، لأنها وهبتهم[2] في حال اليتم.

وإن وهبتهم وهم صغار[3] والأب مجنون، فهو كالصحيح في وجوب الاعتصار لها[4].

وليس لغير الأبوين أن يعتصر لا جد ولا جدة ولا غيرهم إلا الأبوان من الولد[5].

قال محمد: واختلف قول مالك في اعتصار الجد والجدة[6].

ولا رجوع لواهب في هبة، ويقضى عليه بها للموهوب أو لورثته كانت بيده أم لا، إلا من له الاعتصار، أو كانت الهبة للثواب فإنه يرجع فيها مبتغي[7] الثواب ما لم يثب[8] منها[9].

قال محمد: وإن وهبتهم الأم وهم صغار والأب حي ثم مات الأب بعد بلوغهم، فلها أن تعتصر، وإن مات قبل بلوغهم لم تعتصر منهم[10] إن بلغوا، لأنه انقطع الاعتصار عنهم بموت الأب فلا يرجع إليهم، إذ هم حين الاعتصار أيتام، ولا يعتصر من يتيم[11].

---

(1) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 12/192.

(2) في (ش): (وهبت).

(3) في (ش): (صغارا).

(4) انظر: المدونة: 10/339.

(5) انظر: المدونة: 10/343.

(6) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 12/192.

(7) قوله: (مبتغي) غير مقروء في (ش).

(8) في (ش): (يثبت)، والمثبت موافق لما في المدونة.

(9) انظر: المدونة: 10/352، 353.

(10) في (ش): (منه).

(11) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 12/191.

قال محمد: وإذا أثابه[1] الابن فلا اعتصار للأب بعد ذلك[2].

وإذا مرض الأب أو[3] الابن فلا اعتصار[4].

قال ابن القاسم: ومن تصدق بصدقة لم ينبغِ له[5] أن ترجع إليه بوجه من الوجوه إلا بالميراث، وإن كانت نخلا لم ينبغ له أن يأكل من ثمرها[6]، وإن كانت دابة لم يركبها، وأكره أن ترجع إليه بهبة أو صدقة، ولا يبتاعها من المتصدق عليه، ولا من غيره، وذلك فيما تصدق بأصله مما لا يرجع إليه، فأما صدقة الغلة والسكنى والخدمة مدة؛ فله شراء ذلك، وهذا مذكور في الوصايا.

وأما الأب يتصدق على ولده بما ذكر[7] من أصل أو دابة، فلا ينبغي له أن يأكل من غلة ذلك، أو ينتفع بشيء منه، إلا أن يحتاج فينفق عليه[8] منه، والأم كالأب في ذلك[9].

وروى ابن المواز: أن ذلك للأبوين بخلاف الأجنبي، ولم يقل: إن احتاجا.

قال ابن القاسم: ولو وهب جارية لابنه الصغير فتبعتها نفسه، فلا بأس أن يقومها على نفسه إذا اجتهد[10].

ومن الهبات، والأحباس: ومن وهب هبة لغير ثواب، ثم ادعى رجل أنه ابتاعها منه، وجاء ببينة، فقام الموهوب يريد قبضها، فالمبتاع [(ش: 132/ب)] أحق بها[11].

---

(1) في (ش): (أثاب).

(2) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 12/192.

(3) في (ن): (و).

(4) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 12/189.

(5) قوله: (له) زيادة من (ن).

(6) في (ن): (ثمرتها).

(7) في (ن): (ذكرنا).

(8) قوله: (عليه) زيادة من (ن).

(9) انظر: المدونة: 10/301.

(10) انظر: المدونة: 10/300، 301.

(11) انظر: المدونة: 10/257.

أراه يريد لم تؤرخ بينة الموهوب أن الواهب قبل الشراء، فلو أرخت كان قوله فيمن تصدق بصدقة ثم باعها فقد اختلف في ذلك هو وأشهب[1].

قال: وذلك كقول مالك في الذي حبس على بنيه ومات، وعليه دين لا يدرى[2] أقبل[3] الحبس أو بعده؟ أنه إن لم يقم ولده بينة أن الدين بعده بيع الحبس للغرماء[4].

ومن تصدق بدار أو غيرها، فلم يقبضها المعطى حتى باعها المعطي، فإن علم المعطى بالصدقة فلم يقبضها حتى بيعت تم البيع، وكان الثمن للمعطى، وإن لم يعلم فله نقض البيع وأخذ الهبة في حياة الواهب، فأما إن مات الواهب قبل أن يقبضها الموهوب؛ فلا شيء له بيعت، أو لم تبع[5].

قال أشهب: إن خرجت من ملك الواهب بوجه ما وحيزت عليه فليس، للمعطى شيء من الثمن[6].

وقال في كتاب العتق: ومن وهب عبداً أو تصدق به على رجل أو أخدمه إياه حياته، ثم أعتقه المعطي قبل حوز المعطى جاز العتق، وبطل ما سواه، علم المعطى بالهبة أو لم يعلم، وأما[7] لو وهبه لغيره، أو تصدق به فالأول أحق به، وإن حازه الآخر ما لم يمت الواهب.

قال أشهب: بل الثاني أحق به إذا حازه، وإن لم يمت الواهب[8].

وروي عن ابن القاسم أنه إن تصدق به أو وهبه لآخر، والأول عالم؛ فلا شيء له

---

(1) قوله: (بها أراه يريد لم تؤرخ... في ذلك هو وأشهب) زيادة من (ن).

(2) في (ن): (يرى).

(3) في (ن): (قبل).

(4) انظر: المدونة: 10/257.

(5) انظر: المدونة: 10/297، 298.

(6) انظر: المدونة: 10/299.

(7) في (ش): (وكذلك).

(8) انظر: المدونة: 5/328، 329.

إذا حازه الآخر، وإن لم يعلم فهو أولى به[1].

وروي عنه أنه إن أعتق العبد بعد الصدقة إرادة إبطال الصدقة، فإنه ينفذ عتقه ويغرم قيمته للمتصدق عليه.

قال في المدونة: ومن وهب عبداً أو تصدق به فقتل العبد قبل الحوز، فقيمته للمعطى وماله للمعطي[2]، إلا أن يكون أدخل ماله معه في الهبة يوم وهب وشرطه[3] فيكون أيضاً للمعطى.

ومن كتاب الشفعة: قال ابن القاسم وأشهب: إن وهبه ما في بطن أمته فضرب رجل بطنها فألقت جنينها ميتاً؛ فعشر قيمة أمه للموهوب.

قال أصبغ: بل للواهب.

وإن ابتاع شقصاً فوهبه، ثم قام الشفيع؛ فالثمن للموهوب، لأن الواهب يعلم أن له شفيعاً فكأنه وهبه الثمن[4].

ولو وهبه داراً فاستحق رجل نصفها واستشفع كان ثمن ذلك كله للواهب، وكذلك إن وهبه عبداً فاستحق فما يرجع به من ثمنه للواهب، إذ لم يهبه ثمناً[5].

---

(1) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 12/165، 166.

(2) انظر: المدونة: 5/329.

(3) في (ن): (وشرط).

(4) عياض: وقوله: (إن وهبت لرجل شقصاً من دار على عوض سميناه أو لم نسمه، وله شفيع أنه لا يأخذ بالشفعة حتى يثاب)، وله في كتاب الشفعة: إذا سمى الثواب فله أن يأخذ بالشفعة اختلف، هل هو خلاف، أم لا؟ فقيل: هو خلاف، وهو قول سحنون، مرة رأى أن الهبة عقد يلزم بنفس القبول، كالبيع، ومرة لم ير ذلك، إلا بالمثوبة لخيار الموهوب بعد في الرد ما لم يثب، وقيل: ليس بخلاف، وهو أظهر، ومعنى مسألة كتاب الشفعة أنه إذا عين الثواب وقبل الموهوب، فهو بيع لا خيار لأحدهما فيه، وما هنا لم يعين ثوابا، ويتأول قوله: على عوض سميناه؛ أي شرطا العوض والثواب، وسميا لفظ العوض ولم يعينه ولا ذكر نوعه. وقوله: وإن ولم يسمه؛ أي أرسل الأمر وسكت، ومقصده العوض والثواب، وإلى هذا نحا أبو عِمرَان، وقال: ويحتمل الخلاف، وقيل: معنى مسألة الشفعة أن الموهوب رضي بدفع الثواب، وهنا بعد لم يلزمه نفسه. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2632، 2633.

(5) انظر: المدونة: 9/430، 431.

ما يقضى به من الهبة والصدقة والعتق وغيره في يمين أو غير يمين، وما يلزم من الوعد، وذكر هبة المجهول، وجامع أقضية من مسائل الهبات من المدونة والمختلطة

والقضاء أن [(ش: 133/أ)] من وهب أو تصدق على رجل بعينه بدار أو مال أو أعتق عبده فإنه يقضى بذلك للقائم به، ولو قال: كل ما أملكه صدقة؛ لم أجبره على صدقة ثلث ماله وأمرته[1] به، وينبغي له ذلك ولا أقضي عليه، ويخرج في ذلك ثلث قيمة كتابة[2] مكاتبيه، ولا شيء عليه في أم ولده ومدبريه[3].

قال سحنون: يخرج ثلث خدمة مدبره[4].

وإن لم يخرج الثلث حتى ضاع ماله؛ فلا شيء عليه فرط أو لم يفرط[5].

قال سحنون: إن فرط ضمن[6].

وأما إن قال: داري صدقة على المساكين، أو على رجل بعينه في يمين، فحنث لم يقض عليه بشيء، وإن قال ذلك في غير يمين إبتالاً فليقض عليه للرجل بعينه[7].

ومن كتاب العتق: ومن أعتق عبده في يمين حنث[8] بها، أو في غير يمين قضي عليه بالعتق، ولو كان في نذر كقوله[9]: لله علي عتق رقيقي لم يجبر، وينبغي[10] له أن

---

(1) في (ن): (آمر).

(2) قوله: (كتابة) ساقط من (ن).

(3) في (ش): (ومدبره)، وانظر المسألة في: المدونة: 10/259، 260.

(4) في (ن): (مدبريه).

(5) انظر: المدونة: 10/259.

(6) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 4/37.

(7) انظر: المدونة: 10/259.

(8) في (ش): (حلف).

(9) في (ش): (كقولهم).

(10) قوله: (ينبغي) زيادة من (ن).

يفي لله بما وعده ويؤمر به[1].

محمد: ذكر عن ابن القاسم: أن ما بتله[2] للمساكين في غير يمين يقضى به عليه، وقال أشهب: لا يقضى إلا بما بتل لرجل بعينه يلي خصومته[3].

وأما[4] ما كان في يمين فلا[5] يقضى به عليه[6] كان لرجل بعينه أم بغير عينه، في قوليهما.

قال[7] ربيعة: ومن قال: اشهدوا أن لفلان في مالي مائة دينار، لزمه ذلك إن حمله ماله، وإلا لم يتبع بما عجز، وروى[8] ابن شهاب أن من وهب لرجل من عطائه، وكتب له به كتاباً فلا رجوع له فيما أعطى[9].

محمد عن مالك[10]: ومن قال: أنا أسلفك أو أهبك لم يقض عليه، وقد رغب عن مكارم الأخلاق[11].

قال ابن القاسم: وأما ما أدخله بوعده في شيء لازم فذلك الوعد يلزم المعطي، كقوله: بعْ عبدك من فلان أو زوجه ابنتك، والثمن أو[12] الصداق عليّ، فذلك عليه دون فلان في الحياة والموت.

قال في كتاب بيع الغرر: أو يقول: اشترِ عبدَ فلان، وأنا أعينك[13] فيه بكذا،

(1) قوله: (به) ساقط من (ن)، وانظر المسألة في: المدونة: 5/244.
(2) في (ش): (أبتله).
(3) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 12/206.
(4) في (ن): (فأما).
(5) في (ش): (لا).
(6) قوله: (به عليه) زيادة من (ن).
(7) في (ش): (قوله).
(8) في (ن): (ورأى)، والمثبت موافق لما في المدونة.
(9) في (ن): (أعطاه)، وانظر المسألة في: المدونة: 10/306 و307.
(10) قوله: (عن مالك) زيادة من (ن).
(11) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 12/203.
(12) في (ن): (و).
(13) في (ن): (عينك).

فذلك لازم إن فعل هذا[1].

قال مالك في كتاب محمد: يلزمه إذا أشهد إلا أن يموت المعطي قبل القبض فيبطل[2] إلا أن يضمنه[3] لمن زوجه، أو باع منه[4].

قال ابن القاسم في كتاب الحمالة: وإذا سأله أن يقضي عنه مائة درهم [(ش: 133/ب)] فأنعم له، ثم مات المديان، فإن اقتعد[5] الطالب من المنعم على وعد انصرفا على الرضا به[6].

قال في كتاب ابن المواز: وأشهد فذلك حمالة لازمة[7].

ومن كتاب المديان: ومن ضمن لرجل ديناً له على ميت، ثم بدا[8] له فقد لزمه لأن المعروف كله إذا أشهد به على نفسه لزمه[9].

ومن كتاب[10] الخلع: ومن قال لرجل: اخلع امرأتك والصداق لك[11] علي، ففعل؛ فذلك لازم[12]، وللزوجة طلبه أو طلب الزوج، ويرجع الزوج عليه بما أدى[13].

ومن كتاب الهبة والصدقة: ومن وهب لرجل مورثه[14] من فلان، وهو لا يدري

---

(1) قوله: (هذا) ساقط من (ن)، وانظر المسألة في: المدونة: 7/180.

(2) في (ن): (فتبطل).

(3) في (ن): (يضمنها).

(4) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 12/203.

(5) عياض: اقتعدوا على موعد، أي: توثقوا منه. اهـ. انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2217.

(6) انظر: المدونة: 9/115.

(7) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 12/204.

(8) في (ش): (بدى).

(9) انظر: المدونة: 9/117.

(10) قوله: (كتاب) ساقط من (ن).

(11) قوله: (لك) ساقط من (ن).

(12) انظر: المدونة: 4/177.

(13) في (ش): (ودى).

(14) في (ش): (موروثه).

كم هو ربع أو سدس أو خمس، أو وهبه نصيبه من دار أو جدار، ولا يدري كم ذلك، فذلك جائز وهبة الغرر، وما لم يبد صلاحه جائزة.

وإن وهبه نصيباً من داره[1]، ولم يسمه، قيل للواهب: أقر بما شئت مما يكون نصيباً[2].

وفي الصلح طرف من هذا.

وإذا وهبت دينك لأحد ورثة غريمك كان له دونهم، ولا يجوز[3] هبتك لمال ابنك بخلاف العتق، فإن فاتت الهبة بيد الموهوب ضمنت، وإن وهبته عشرة أقساط من دهن جلجلانك هذا جاز ذلك كهبتك، ثمر نخلك[4] قابلاً، وإن أبيت عصر جلجلانك قضي عليك بعصره[5].

قال محمد: قال مالك على الموهوب: من أجر العصر حصته، ولا ينبغي أن يعطيه من زيت غيره مثله؛ لخوف التأخير في طعام بمثله، ولعل الذي وهبه من زيته يهلك قبل ذلك.

وفي العرية[6] معانٍ من[7] معاني هذا الباب.

ويقضى بين المسلم والذمي في هبة أحدهما للآخر بحكم المسلمين، وإن كانا ذميين لم أعرض لهما[8]، وليس من التظالم الذي أمنعهم منه إن منع

---

(1) في (ن): (دار).

(2) انظر: المدونة: 10/313 و314.

(3) في (ن): (تجوز).

(4) في (ش): (ثم تملك).

(5) انظر: المدونة: 10/311 و312.

(6) في (ش): (العارية).

(7) قوله: (معان من) ساقط من (ن).

(8) عياض: ومسألة هبة الذمي للذمي وقوله: لا يحكم بينهم، قال بعض شيوخنا معناه أنهم لم يترافعوا إلينا، ولو ترافعوا لحكمنا بينهم بحكم الإسلام، وقيل: معناه وإن ترافعوا لم يحكم بينهم؛ لأن هباتهم ليست من التظالم، وهو ظاهر لفظه - هنا - لقوله: ليست بمنزلة أخذ ماله وتشبيهها بالعتق، وقد اختلف في الحكم بينهم إذا ترافعوا إلينا في العتق والطَّلاق والزنا والنكاح، وقول غيره في هبة الذمي

الواهب الهبة[1].

ومن وهب عبداً له مأذوناً قد اغترقه دين فذلك جائز، وإن باعه فليبين دينه، وإن جنى العبد ثم وهبه أو باعه، وهو بجنايته عالم لم يجز، إلا أن يتحمل الجناية، فإن أبى حلف ما أراد حملها، ورد، وكانت الجناية أولى به[2].

وإن باع عبده بيعاً فاسداً، ثم وهبه لرجل قبل تغيره في سوق أو بدن، جازت الهبة إن قام بها الموهوب، ويرد البائع الثمن كله.

وكذلك إن أعتقه قبل تغيره[3]، إذا[4] لم يفت رده، ولو مات الواهب قبل حوالة سوقه، وقبل قبض الموهوب إياه بطلت هبته، ولو وهبه بعد تغير سوقه لم تجز الهبة، لأنه لزم المبتاع بقيمته[5].

وإن وهبته ديناً لك عليه، فقال: [(ش: 134/أ)] لا أقبل لم يجبر[6]، وكان الدين بحاله عليه[7].

= إن كان من أهل العنوة لم يجبر على إتلاف ماله ثابتة في كتاب ابن عتاب وابن المرابط وغيره، وقال أَشْهَب: مكان غيره، وصحت في كتاب ابن سهل لابن باز وحده، وقال الأصيلي: ليست في رواية القرويين، وصحت لأحمد بن خالد وحده ولم يقرأه إسحاق، وحميد بن أبي الصعبة بفتح الصاد وباء بواحدة. وفي رواية ابن أبي عقبة عن جبلة بن أبي الصعيد - بالدال - وهو وهم، والأول المعروف، كذا قاله البخاري وغيره. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2614، 2615.

(1) انظر: المدونة: 10/317، 318.

(2) انظر: المدونة: 10/315.

(3) في (ن): (تغييره).

(4) في (ن): (إذ).

(5) انظر: المدونة: 10/315، 316.

(6) في (ش): (يجز).

(7) انظر: المدونة: 10/254.

جامع القضاء في الهبة للثواب
وما يفيتها ويوجب ثوابها
وغير ذلك من أحكامها من المدونة والمختلطة

وفي حديث عمر: ومن وهب هبة يرى أنها للثواب فهو على هبته ويرجع[1] فيها إن لم يرض منها[2].

وقد جرى في غير وجه من كلام[3] الأحكام أن المتعارَف كالشرط[4]، والهبة للثواب كالبيع في أكثر الحالات، وإن لم يسميا[5] العوض عند الهبة أجازه العلماء على ما روي عن عمر وغيره، فخالفت[6] البيع في هذا كخلاف نكاح[7] التفويض لنكاح التسمية، وكلاهما نكاح فيه عوض.

ولا بأس باشتراط الثواب عند الهبة وإن لم يصفه، وعبد الملك يأباه[8].

---

(1) في (ش): (يرجع).
(2) انظر النوادر والزيادات: 2/754، المدونة: 10/348.
(3) قوله: (كلام) ساقط من (ن).
(4) في (ن): (كالمشترط).
(5) في (ن): (يسمها).
(6) في (ن): (فخالف).
(7) قوله: (نكاح) زيادة من (ن).
(8) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 12/248.

عياض: وقوله في الكتاب في غير موضع: إذا وهب واشترط الثواب ومذهبه جواز ذلك. قال: شرط الثواب أو قال: للثواب أو ريء أنه أراد الثواب، وكذلك إذا تصدق للثواب، وعبد الملك يبطله، بشرط الثواب إذا نص على ذلك بلفظه، هذا أو قال: على أن يثيبني، والمسألة على أربعة أوجه:

أولها: أن يهب ويسكت، وهو ممن يعلم منه طلب الثواب، إما بعادة أو بظاهر حال الهبة، فلا خلاف عندنا في جواز مثل هذه.

الثاني: أن يصرح، فيقول: أهبك للثواب أو لتثيبني، فحملها اللخميّ أنها كالأول لا يختلف في جوازها، وظاهر قول عبد الملك لا تجوز لمنعه ذلك بالشرط كما تقدم، وقوله: (ولكن إن وهب وسكت عن ذكر الثواب، ثم قام يطلبه)، فهو الذي جاء فيه قول عمر: من وهب هبة يرى أنها =

ويجب الثواب بوجهين: إما أن يشترط الثواب، أو يرى أنه أراد ثواباً، وللواهب منعها حتى يقبض العوض كالبيع، ولو قبضها الموهوب قبل الثواب وقف، فإما أثابه أو ردها، ويتلوم لها تلوماً لا يضر بهما فيه.

فإن مات الواهب للثواب والهبة، بيده فهي نافذة كالبيع، وللموهوب قبضها إن دفع العوض للورثة، ولا يجبر وإن مات الموهوب فلورثته ما كان له.

وإذا أثابه مثل القيمة جبر الواهب على قبول ذلك، وإن لم تفت الهبة، وإن كان دون القيمة فللواهب قبوله أو يرتجع هبته ما لم تفت فيقضى له إن فاتت بقيمتها يوم الهبة، وكذلك قضى عمر.

وإذا تعاوضا[1] فلا رجوع لأحدهما على الآخر بعد ذلك، إلا أن يكون فيما عوضه مثل قيمة هبته فله القيام بعد ذلك، ويحلف ما قبل ذلك وسكت إلا انتظاراً لتمام الثواب، ثم إما أتم له الموهوب القيمة أورد الهبة إن لم تفت، وأخذ عوضه.

وإن وجد بالهبة عيباً فله ردها، وأخذ العوض، فإن وجد الواهب عيباً بالعوض، فأما عيب فادح لا يتعاوض بمثله كالجذام والبرص فله رده، وأخذ الهبة إن لم يفت إلا أن يعوضه، وإن لم يكن فادحاً نظر إلى قيمته بالعيب، فإن كان كقيمة الهبة فأكثر لم يجب له غيره، لأن ما زاد على القيمة تطوع غير لازم، وإن كان دون قيمتها[2] فأتم القيمة

= للثواب، وإلى هذا... نحا الباجي.

الثالث: أن يشترط الثواب بقوله بشرط الثواب أو على أن يثيبني، فمذهب الكتاب جوازه كما تقدم، وكذلك له في العتبية، ومذهب عبد الملك منعه كما ذكرناه. قال: وهو كبائع السلعة بقيمتها.

الرابع: أن يقول: أهبك على أن تثيبني عوضاً كذا بعينه، عبدك هذا أو ثوبك هذا ويسميه أو قفيز قمح أو عبداً نقداً أو إلى أجل، فحكم هذا حكم البيوع في جميع حالاته، يجوز منه ما يجوز في البيوع ويمنع منه ما يمنع فيها ويمنع الجائز منها بقبول الموهوب ذلك، ولعبد الله عبد الملك في الواضحة أن هبات الثواب تنعقد بالقبض، وله في الثمانية أنها تنعقد بالقول مع القبول، وفيها القيمة في الوجهين لازمة، ولا خيار فيها للموهوب. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2624، وما بعدها.

(1) في (ش): (تفاوضا).

(2) في (ش): (قيمته).

برأ، لأن كل ما عوضه مما يجري بين الناس في الأعواض لزم الواهب قبوله، وإن كان معيباً، وفيه وفاء بالقيمة، وكذلك كل ما عوضه من عرض أو عين فذلك لازم له قبوله، وإن عوضه تبناً [(ش: 134/ب)] أو حطباً لم يلزمه أخذه، إذ ليس مما يتعاوضه الناس، وإن استحق العوض رجع بهبته إن لم تفت إلا أن يعوض قيمتها فتلزمه، وليس له قيمة العوض، وإن كانت أكثر، لأن ذلك تطولاً[1].

قال محمد: له أن لا يأخذ في عوضه إلا العين[2].

وقال سحنون: كل ما أثابه من جميع الأشياء مما قيمته كقيمة الهبة، فذلك لازم كان تبناً أو حطباً أو عبداً أجذم أو أبرص، ولست أقول بقول أشهب، أنه لا يقضى[3] في العوض إلا الدنانير والدراهم[4].

وهذا من كتاب غيره[5].

قال ابن القاسم: وللواهب أخذ هبته ما لم تفت إلا أن يعوض مثل قيمتها[6]، فلا كلام له، وهي في هذا الوجه بخلاف البيع، وإن فاتت وجبت القيمة بالحكم.

والفوت فيها في الدور بالبناء والهدم أو يخرج من يده ببيع أو غيره، وفي العروض والحيوان خروجها من يديه أيضاً وحدوث العيوب وتغير الأبدان ، والعتق وشبهه[7].

وليس حوالة الأسواق في ذلك فوتاً بخلاف البيع الفاسد[8].

محمد، وروي عن ابن القاسم وأشهب: أن حوالة الأسواق فيها فوت[9].

---

(1) في (ن): (الأول تطوعاً)، والمثبت موافق لما في التهذيب: 4/119.

(2) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 12/248.

(3) في (ن): (يجوز).

(4) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 12/246.

(5) في (ن): (غيري).

(6) انظر: المدونة: 10/237.

(7) انظر: المدونة: 10/253، 254.

(8) انظر: المدونة: 9/432.

(9) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 12/239.

عياض: وقوله في الهبة: (إذا حالت أسواقها لا أدري ما يقول مالك في حوالة الأسواق، ولا أرى له =

ولو باع الموهوب الهبة ثم اشتراها فذلك يفيتها وإن لم تحل، ولم يقله في البيع الفاسد، وقاله غيره أنه فوت في البيع أيضاً وزيادة البدن ونقصه فوت، وليس له ردها في الزيادة إلا برضى الواهب ولا للواهب أخذها في نقص البدن إلا أن يشاء الموهوب.

محمد، قال أشهب للموهوب أن يردها بزيادتها.

قال ابن القاسم: إن نقصت أو زادت فلا رد إلا باجتماعها[1].

قال محمد: وكذلك يلزم في الاعتصار[2] من اختلافهما[3].

قال ابن القاسم في المدونة: وولادة الأمة عند الموهوب فوت، وجنايتها فوت لأنه نقص[4]، وزوال بياض كان بعينها فوت، لأنه نماء وذهاب الصمم مثله، والهدم والبناء في الدور والغرس في الأرض يوجب القيمة، وليس له أن يقول: أقلع بنائي وشجري وأردها، والبيع مثله، وإحالتها عن حالها رضاً بالثواب[5].

وإن صبغ الثوب أو قطعه أفاته[6]، وإن كان عبداً فأعتقه أو دبره، أو كاتبه أو وهبه أو تصدق به، فإن كان ملياً؛ جاز ولزمته القيمة، وإلا لم يجز، وإن كانت بدنة فقلدها ولا مال له فللواهب أخذها، وكذلك في عدمه في البيع ترد ويباع في الثمن،

=

شيئاً إلا هبته، إلا أن تفوت بنماء أو نقصان)، وأَشْهَب يرى اختلاف الأسواق فوتاً فيها ثبت هذا لابن وضاح ولغيره. قال: نعم، كذا في كتاب ابن سهل وبعده لجميعهم بعد هذا، قال ابن وهب: قال مالك: إن شاء أن يمسكها، وإن شاء أن يردها، وقول عمر بن عبد العزيز: إلا أن يكون وهب شيئاً متثبتاً، فحسن عند الموهوب، كذا في أصل ابن عتاب وابن المرابط والدباغ، وهي رواية يحيى بن عمر وأحمد بن أبي سليمان، ومعناه ما ينبت ويزيد كالحيوان والثمار. وفي رواية ابن وضاح: مثيباً؛ أي: يطلب ثوابه، وعند ابن باز: ميتاً فحيي عند الموهوب، ولفظ ميت وحيي - هنا - مستعار؛ يريد به الحقير، يزيد ويصلح ويحسن أو أرض ميتة عمرت وحييت وشبه هذا. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2630، 2631.

(1) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 12/192.

(2) في (ش): (الاغتصاب).

(3) في (ش): (اختلافها).

(4) انظر: المدونة: 10/264، 265.

(5) انظر: المدونة: 10/264.

(6) انظر: المدونة: 10/254.

وبيع الهبة فوت.

وإن كانت داراً فباع نصفها [(ش: 135/أ)] قيل له: اغرم القيمة، فإن أبى خير الواهب، فإما أخذ نصف الدار ونصف قيمتها، وإما أخذ قيمة جميعها، وإن كانا عبدين باع أحدهما، وأبى أن يثيب قيمتهما، فإن باع وجههما لزمته قيمتهما، وإما أخذ قيمة جميعهما، وإن لم يكن بوجه الهبة، غرم قيمته يوم الهبة ورد الباقي[1].

ولو وهبه عبدين فأراد أن يعوضه من أحدهما ويرد الآخر، فليس ذلك له إلا أن يشاء الواهب، لأنها صفقة واحدة[2].

وإن وهب عبداً لرجلين فعوضه أحدهما من حصته فله الرجوع في حصة الآخر، إن لم يعوضه كما لو نقده أحدهما في البيع، كان أحق بالنصف الآخر من غرماء الشريك في فلسه.

وإذا عوض الواهبَ أجنبيٌّ عن الموهوب بعد أمره؛ لم يرجع على الواهب به، ولكن إن رئى أنه أراد ثواباً من الموهوب بغير أمره رجع عليه بقيمة العوض، ولا رجوع له في العين إلا أن يريد به سلفاً فله اتباعه[3].

يريد: إلا أن يكون أدى عنه أكثر من قيمة الهبة فليس له أخذها إلا بالأقل[4].

ويريد في المسألة كلها أن الهبة قد فاتت حتى وجب الثواب على الموهوب ديناً، وإن لم يرد ثواباً ولا سلفاً؛ فلا شيء له.

ومن وهب هبة لعبد فأخذها منه سيده قضي على العبد بقيمتها في ماله، وللمأذون أن يهب للثواب كالبيع[5]، ويقضى عليه أن يعوض من وهبه.

وللأب أن يهب من مال ابنه الصغير للثواب، ويعوض عنه واهبه للثواب[6].

---

(1) انظر: المدونة: 10/256.

(2) انظر: المدونة: 10/251.

(3) انظر: المدونة: 10/349.

(4) في (ن): (بأقل).

(5) انظر: المدونة: 10/255، 256.

(6) انظر: المدونة: 10/249.

ومن كتاب[1] الشفعة: وإن تصدق الأب من مال ابنه أو وهب لغير ثواب، أو حابى[2] في بيع أو في عوض أخذه[3] من هبة للثواب، رد ذلك[4] كله، ولم يجز منه شيء، لأنه إنما يجوز من بيعه له ما كان بمعنى النظر، وهذا بخلاف عتقه عبد ابنه، فهو إن كان ملياً مضى عتقه، وضمن له القيمة، وإن كان عديماً رد ذلك[5]، وفي القسم من هذا.

وهبة المريض عبداً للثواب يجوز كبيعه، فإن قبض منه الموهوب أو المبتاع ذلك، فأعتق، ولا مال له لم يجز ذلك، ولو باعه كان لورثة الواهب منعه من ذلك حتى يأخذوا العوض[6].

ويقضى بين المسلم والذمي بالثواب فيما تواهبا للثواب[7].

ذكر من لا ثواب بينهم، وما لا ثواب فيه من الهبات، وما يحرم ويحل من العوض في هبة الثواب من المدونة والمختلطة

[(ش: 135/ب)] ولما كانت الهبة[8] للثواب كالبيع في أكثر الحالات، كان لها حكمه فيما يحل ويحرم من عوضها، ولا يقضى بالثواب حتى يرى أنه أريد به الثواب، وإلا كانت كالصدقة.

وقد قال عمر: من وهب هبة لصلة رحم أو على جهة[9] الصدقة، فإنه لا

(1) قوله: (كتاب) ساقط من (ن).
(2) في (ش): (حابا).
(3) زاد بعد في (ش) قوله: (له).
(4) في (ش): (ذلك).
(5) انظر: المدونة: 9/467، 468.
(6) انظر: المدونة: 10/264.
(7) انظر: المدونة: 10/317، 318.
(8) في (ن): (الهبات).
(9) في (ن): (وجه).

يرجع فيها.

ولا يقضى بين الزوجين[1] بثواب[2]، ولا بين ولد ووالده[3]، إلا أن يظهر ابتغاء الثواب بينهم، كالزوجة تهب للزوج جارية فارهة يسألها[4] إياها لما تستجر من صلته[5] أو الزوج يهبها لذلك، والابن لما يستغزر من أبيه، فلذلك حكم الثواب، ولو شرطا ثواباً لزمهما[6].

وما وهبت لقرابتك، أو ذوي رحمك، وعلم[7] أنك أردت به[8] ثواباً، فذلك لك إن أثابوك وإلا رجعت فيها، وما علم أنه ليس لثواب كصلتك لفقيرهم وأنت غني، فلا ثواب لك ولا تصدق أنك أردته، وكذلك هبة غني لأجنبي فقير، أو فقير لفقير ثم يدعي أنه أراد الثواب، فلا يصدق إلا أن يشترط[9]، ويصدق الفقير في هبته لغني، أو

---

(1) في (ن): (الرجلين).

(2) عياض: وقوله في الحديث الآخر في الزوجين: ومعونة على ضيعته وضيعتها ضيعة الرجل ما يكون منه معاشه، وقوله: (وإفضاؤه من المعروف إليها)؛ أي: خلوة معها، ويحتمل أن يريد ما يفردها به من معروفه ويخصها به من إحسانه. قالوا: وليس قوله هذا بخلاف، وقوله آخرا: (فلا ثواب بينهما، فيما أعطى أحدهما صاحبه)، ولا عصرة، كذا رواية يحيى وابن وضاح، وعند إبراهيم وأحمد والدباغ: ولا عوض ولم يكن عند ابن عتاب غيره. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2628 و2629.

(3) في (ن): (ووالد).

(4) في (ن): (تسلمها).

(5) (ش): (صلة).

(6) انظر: المدونة: 346/10.

(7) في (ن): (على).

(8) قوله: (به) زيادة من (ن).

(9) عياض: وقوله في هبة الغني: (إن قال إنما وهبته للثواب، القول قول الواهب)، وقع في بعض نسخ المدونة في آخر كتاب الهبات: مع يمينه، ومثله في كتاب ابن الجلاب، وهو قول عمر بن الخطاب ط في هذا، وقال: وقيل: لا يمين عليه، وهو قول القاضي ابن زرب.
قال أبو عِمرَان: أما إذا أشكل، فإحلافه صواب وإن لم يشكل وعلم أنه أراد الثواب فلا يحلف، وقول عمر: إن هلكت أعطاها شرواها - بفتح الشين وسكون الراء مثلها، والمراد - هنا - القيمة؛ لأنها مثل في هذا الوجه، وقوله: (يرجع فيها إذا لم يرض منها)؛ معناه يثاب، وقال عبد الملك: أي لم

غني لغني في ابتغاء الثواب، ويأخذها[1] إلا أن يعوضه أو تفوت فتلزمه القيمة[2].

وروي عن عمر أنه يحلف أنه أراد ثواباً[3].

ومن تصدق بصدقة للثواب فهي هبة، وفيها الثواب، يريد اشتراطه[4]، ولا ثواب في الدنانير والدراهم، وإن وهبها فقير لغني إلا أن يشترط الثواب فيثاب عرضاً أو طعاماً[5].

وقال[6] أشهب: تفسخ.

قال مالك في المختصر: وليس في هبة الدنانير والدراهم ثواب[7]، إلا أن يكون

يعط قيمتها، فأما إذا أعطاه قيمتها فقد أرضاه، وهذا وفاق لمذهبه في الكتاب. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2629.

(1) قوله: (الواو) زيادة من (ن).

(2) انظر: المدونة: 10/346، 347.

(3) انظر: المدونة: 10/348.

(4) انظر: المدونة: 10/328.

(5) انظر: المدونة: 10/344، 345.

(6) قوله: (الواو) زيادة من (ن).

(7) عياض: وقوله في: (هبة الدنانير والدراهم لا ثواب فيها، فإن اشترط الثواب ففيها الثواب، إذا شرط عرضاً أو طعاماً) معناه إذا شرط فيها الثواب، أثيب عرضاً أو طعاماً، وكذا اختصرها المختصرون؛ أي أنه لا يجوز أن يثاب عن العين عيناً وإن خالفه، ويدل عليه قوله بعد هذا في الحلي لا يعوضه عنه، إلا عروضاً. وفي كتاب محمد، إجازة العوض عن الذهب فضة، وعن الفضة ذهباً.

وقول ربيعة: الرجل يقدم من السفر مستعرضاً؛ أي يأتي بالهدايا، واسمها العراضة - بضم العين - ويكون معناه يهدي لمن أمكنه وتعرض له أو يكون معناه متمكناً بما يهدي فيها جلبه، وغير متكلف، كما قال في حديث أسيفع: جهينة قد دان معرضا، في تفسير هذه الكلمة من هذه المعاني، وقول ربيعة: هدية الثواب عندنا كالبيع، يأخذها صاحبها إذا قام عليها؛ يعني أنها لا تحتاج إلى حوز، كما قال في الكتاب بعد هذا، ويحتمل أن يريد أن له أن يقوم في فواتها بعد الموت، كما قال بعد ذلك: له الثواب عاش الذي وهب له أو مات، وكما قال بعد: ولا تنتقض بالموت، وهي كالبيع.

قال في العتبية: ما لم يطل، حتى يرى أنه تركه؛ يريد أنه لم يطلب الثواب إلا بعد الزمان. اهـ.

انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2626، وما بعدها.

لذلك وجه[1].

مالك: وإن وهب حلياً للثواب فله عوضه عرضاً أو طعاماً[2]، ولا يعوض[3] عيناً، وكذلك لا يعوضه من طعام طعاماً، وإن خالف جنسه، إلا أن يعوضه قبل أن يفترقا[4]، والذي لا يقضى فيه بثواب في الطعام كهدية الفاكهة، والرطب تهدى للقادم لا ثواب فيه لغني أو فقير، وليس له أخذ هديته[5]، وإن كانت قائمة.

قال أبو بكر: قال بعض أصحابنا: هو أحق بهبته[6] ما لم يُعَضْ[7] منها.

محمد: مثل هدية الرطب ونحوه لا ثواب فيه[8] وأما[9] القمح والشعير ونحوه يوهب للثواب، ففيه الثواب[10].

قال ربيعة وغيره: إن كانت الهبة بمعنى العوض فربها [(ش: 136/أ)] أحق بها ما لم يعوض[11] منها، فأما قادم من سفر معترضاً أو الرجل تدخل[12] عليه فائدة[13]، ولم

---

(1) في (ن): (وجها)، وانظر المسألة في: التبصرة، للخمي، ص: 3419.

(2) قوله: (عرضاً أو طعاماً) يقابله في (ش): (عرض أو طعام).

(3) في (ن): (ولا يعوضه).

(4) انظر: المدونة: 10/242.

(5) في (ش): (هبته).

(6) في (ن): (بهبة).

(7) في (ن): (يعاض).

(8) قوله: (قال أبو بكر... لا ثواب فيه) زيادة من (ن).

(9) في (ن): (فأما).

(10) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 12/247، 248.

(11) في (ش): (يعض).

(12) في (ش): (يدخل).

(13) عياض: كذلك قوله: (أو الرجل تدخل عليه الفائدة فيعرض صاحبها للثواب)، كذا رواية ابن وضاح بالراء عند ابن عتاب، وهو مما تقدم، ومعناه يهدي، ومنه الحديث: إن ركباً عرضوا رسول الله ﷺ وأبا بكر ثياباً؛ أي: أهدوا لهما، ومنه عراضة العمال، وهي ما يأتون به من هداياهم، وفي رواية غير ابن وضاح: فيعوض بالواو، وكذا عند ابن عتاب، وهي رواية ابن وضاح عند ابن المرابط، وهذا غير صحيح يختل به الكلام. اهـ.
انظر: التنبيهات المستنبطة، ص: 2628.

يشخص فيعوض[1] صاحبه الثوب ونحوه، هما في الحال مثلان فلا رجوع في هذه[2].

ومن وهبك حنطة فلا خير في أن تعوضه حنطة أو تمراً أو غيره، من مكيل الطعام أو موزونه كما لا تعوضه[3] من الحلي إلا عرضاً، إلا أن تعوضه[4] قبل التفرق طعاماً من طعام، فيجوز، لأن هبة الثواب بيع، قال: إلا أن تعوضه[5] مثل طعامه صفة وجنساً ومقداراً، فذلك جائز[6].

قال سحنون: وهذا لا يمكن، وإنما محمله محمل الصرف، ولا تعوضه دقيقاً من حنطة، ولا من جميع الحلي إلا عرضاً، ولا يعوض من حلي فضة ذهباً، ولا[7] ما لا يجوز أن تسلم فيه الهبة من العروض كثياب من ثياب في جنسها أكثر منها، إلا أن تكون مثلها سواء.

وإن وهبه داراً، أو عرضاً جاز أن يعوضه قبل تغير الهبة سكنى دار أو خدمة عبد أو ديناً له قد حل، أو لم يحل، وهو كبيع سلعة حاضرة بذلك، وإن تغيرت الهبة لم يجز في الخدمة والسكنى، لأنه وجبت له قيمة ففسخها فيما لا يتعجله من خلافها، وأما الدين[8] فلا بأس أن يعوضه إياه إن كان مثل القيمة في العين والوزن، ومثل العدد فأقل حل الدين، أو لم يحل، لأنها حوالة، وقد أخره بالمؤجل منه، وإن كان الدين المؤجل أكثر من قيمة الهبة لم يجز، لأنه أخره بزيادة، ولو لم تتغير الهبة جاز ذلك.

قال مالك: افسخ ما حل من دينك فيما قد حل، وفيما لم يحل، يريد على غير

---

(1) في (ش): (فيقرض)، والمثبت موافق لما في المدونة.

(2) انظر: المدونة: 345/10..

(3) في (ن): (يعوضه).

(4) في (ن): (يعوضه).

(5) في (ن): (يعوضه).

(6) انظر: المدونة: 242/10.

(7) قوله: (ولا) ساقط من (ن).

(8) في (ن): (الديون).

غريمك، إذا فسخه[1] في مثل دينك من عين أو عرض صفة ومقداراً، وإن عوضه عرضاً له على رجل مؤجلاً لم يجز، لأنه فسخ القيمة في عرض، وهذا بيع؛ والأول حوالة من قيمة بمثلها، والتأخير معروف، ولو لم تتغير الهبة إلا بحوالة سوق جاز العوض بالعرض المؤجل، وكأنه باعها بذلك إن كانت مما يسلم في ذلك العرض[2].

وإن وهب لرجل ديناً له على آخر للثواب [(ش: 136/ب)] لم يجز أن يثيبه إلا يداً بيد، لأنه دين بدين، ولو وهبه إياه لغير ثواب لزمه، ولا رجوع له فيه[3].

وبقيت مسائل في الحوالة والمقاصة بالدين أضفتها إلى اختصار البيوع.

ومسألة الحالف لَيَغْرَمَنَّ العارية، أو الدين في اختصار الأيمان بالطلاق.

وهذه مسألة من كتاب الهبات طرحها سحنون، وقال كلام سوء.

ومن تصدق بثلثه فلم يخرجه حتى ضاع ماله، فلا شيء عليه فرط، أو لم يفرط، وقاله مالك فيمن حنث في يمين بصدقة فلم يخرج ذلك حتى هلك ماله أو بعضه، فقال: ليس عليه شيء إلا ثلث ما بقي[4]، ورأيت لسحنون كلاماً لم أروه.

قال سحنون: إن فرط ضمن كالمفرط في الزكاة[5] وغيرها[6].



---

(1) في (ن): (فسخته).

(2) انظر: المدونة: 10/244، وما بعدها.

(3) انظر: المدونة: 10/329.

(4) انظر: المدونة: 10/260.

(5) انظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد: 4/37.

(6) قوله: (وغيرها) زيادة من (ن).

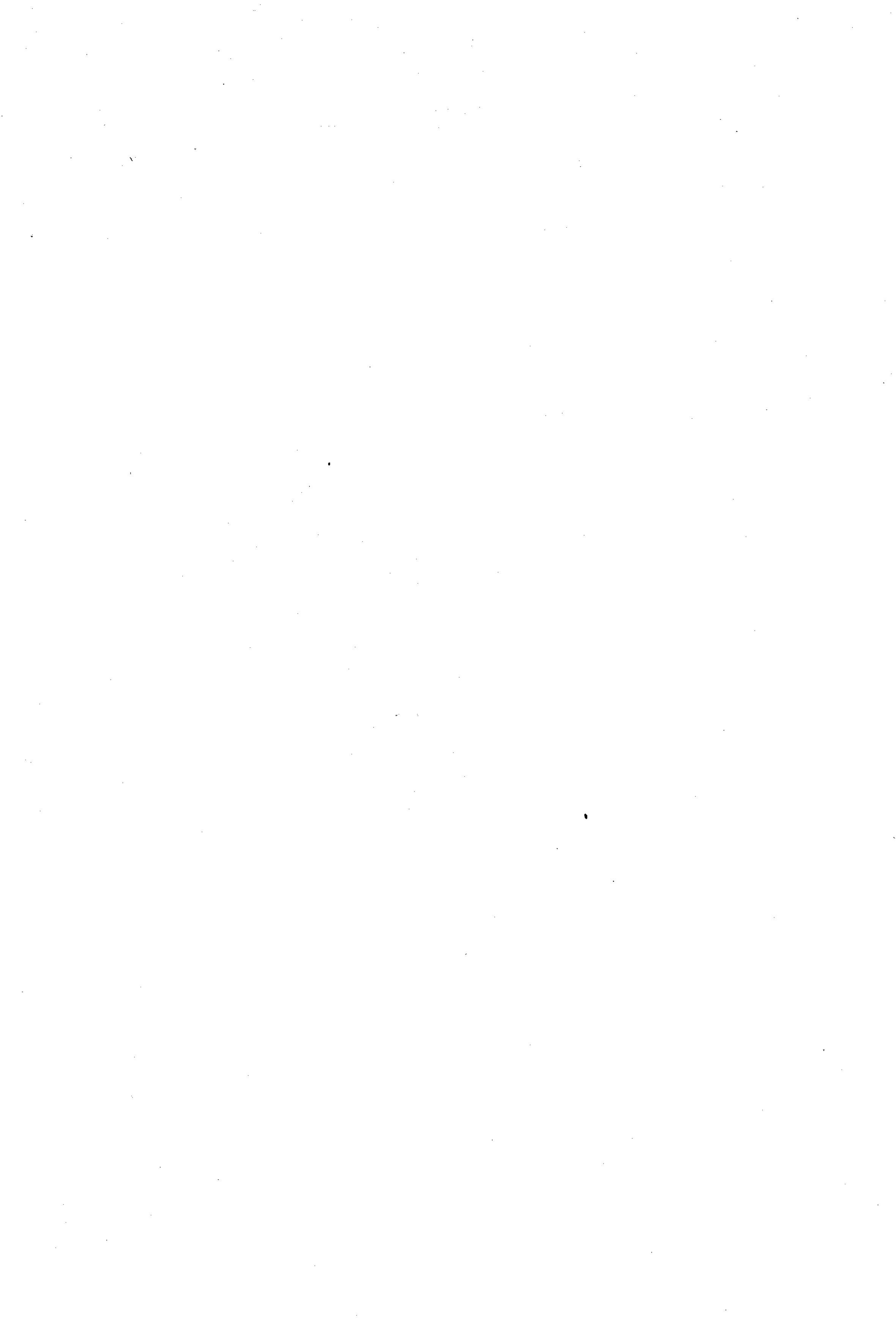




فهرس الموضوعات



فهرس موضوعات
الجزء الثالث



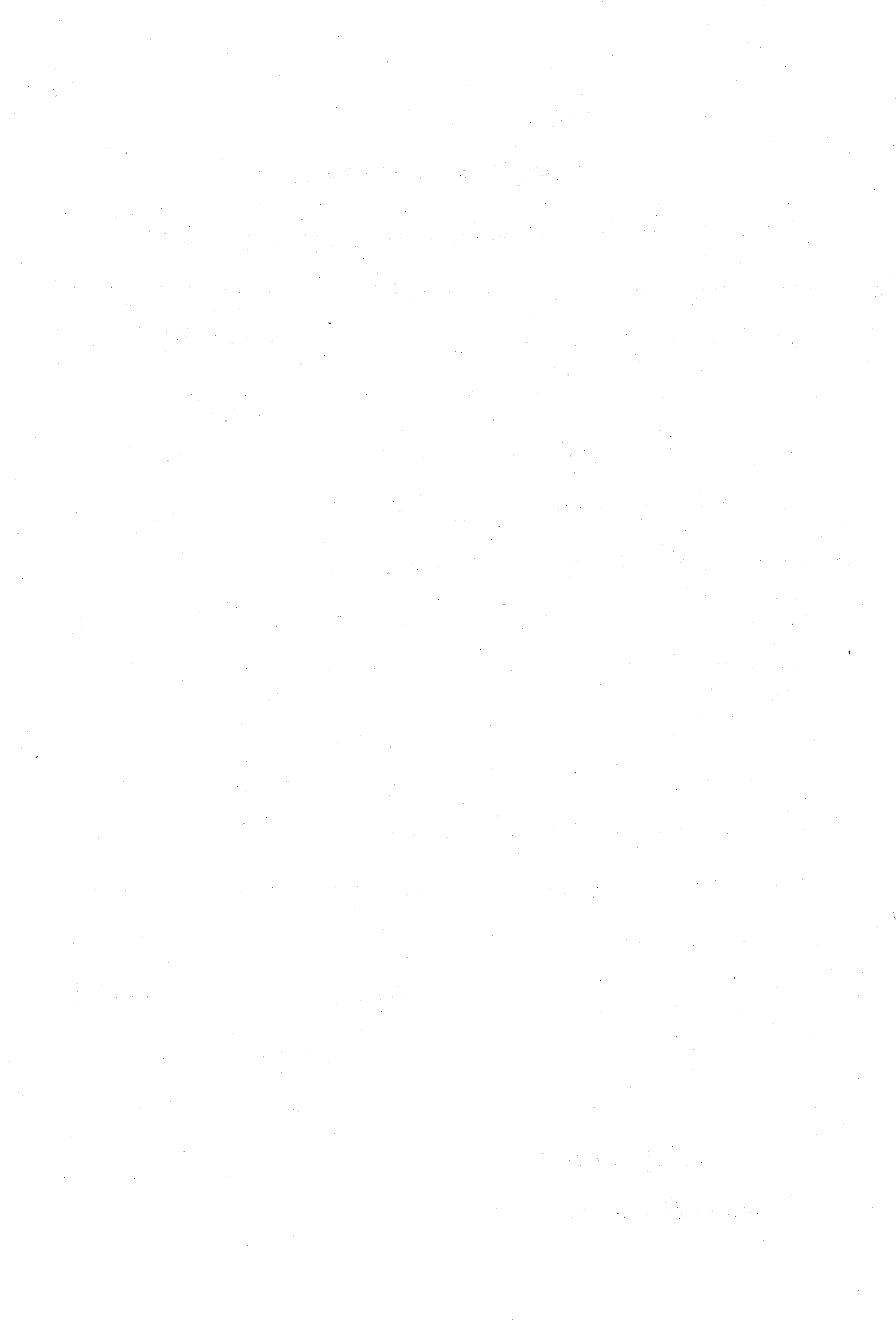












بسم الله الرحمن الرحيم

بينما كان الشيخ د. **أحمد بن عبد الكريم نجيب** في حلب (يوم الثلاثاء الثاني من ذي القعدة الحرام لسنة: 1433هـ، الموافق الثامن عشر من أيلول/ سبتمبر، لسنة: 2012م) خارجاً من المحكمة الشرعية بحي السكري؛ بعد معالجة جملة من القضايا المطروحة من قِبَل العامة والمجاهدين.

فاستهدفه قصفٌ غادرٌ من كلاب بشار، أوقع شهيدين من رفاقه، أما هو فكان ثالث اثنين أصيبوا في القصف؛ حيث أصابته شظايا أخطرها ثنتان: **إحداهما** في الرقبة مزقت جزءاً من المريء والقصبة الهوائية والحنجرة، وقطعت مجرى التنفس، **وثانيتهما** كسرت فكه الأيمن، وتم إسعافه إلى مشفى ميداني حيث أجريت له عملية جراحية عاجلة، ووضع تحت التنفس الاصطناعي نظراً لقطع مجرى التنفس في الرقبة.

ثم أسعف إلى أحد مشافي (تركيا) فمكث أكثر من خمسة عشر يوماً في غيبوبة، قبل أن تبدأ بوادر الصحو بالظهور عليه؛ فأصبح يشعر بمن حوله، وعادت له الذاكرة وحاسة السمع، ولكنه ما زال يعاني من وهنٍ عام واضطراب في الحركة وضعف في التحكم بجميع أعضاء البدن، ولا يكاد يرى، ولا يتكلم كلاماً مفهوماً حتى صدور هذا الكتاب.

نسأل الله أن يجمع للشيخ بين الأجر والعافية، وأن ينفع بعلمه وعمله، وأن يجعله صدقة جارية له ولوالديه.

المكتب الإعلامي

للدكتور أحمد عبد الكريم نجيب